



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ALEX BRUNO PINTO MATTOS

**A controversa questão probatória da “Lei Seca”, seus conflitos principiológicos e a
edição da Lei nº 12.760/2012**

BRASÍLIA
Julho/2013

Alex Bruno Pinto Mattos

**A controversa questão probatória da “Lei Seca”, seus conflitos principiológicos e a
edição da Lei nº 12.760/2012**

Monografia apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de
Brasília (UnB), como requisito à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Professora Dra. Beatriz Vargas Ramos

**Brasília
2013**

Alex Bruno Pinto Mattos

**A controversa questão probatória da Lei Seca, seus conflitos principiológicos e a
edição da Lei nº 12.760/2012**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília (UnB), como
requisito à obtenção do título de Bacharel em
Direito, aprovada com conceito _____.

Brasília, 26 de julho de 2013.

Professora Dra. Beatriz Vargas Ramos
Orientadora - Universidade de Brasília – UnB

Mestrando Rafael de Deus Garcia
Universidade de Brasília – UnB

Guilherme Araújo de Lemos Reis
Pós-graduado Lato Sensu - Membro

Abreviatura e Siglas

ABRAMET – Associação Brasileira de Medicina de Tráfego

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia Geral da União

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ART – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito

CNH – Carteira Nacional de Habilitação

CNT – Código Nacional de Trânsito

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito

DETRAN – Departamento de Trânsito

FGV – Fundação Getúlio Vargas

IML – Instituto Médico Legal

INPAD – Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e outras Drogas

LCP – Lei de Contravenções Penais

PGR – Procuradoria Geral da República

PIB – Produto Interno Bruto

PLS – Projeto de Lei do Senado

PRF – Polícia Rodoviária Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

UFRRJ – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo

Resumo

Neste trabalho analisamos a controversa questão probatória do crime de embriaguez ao volante estabelecida com a edição da Lei nº 11.705/2008, “Lei Seca”, e a tentativa de sua retificação com a promulgação da Lei nº 12.760/2012. Após uma breve análise do tipo penal do art. 306, do Código de Transito Brasileiro, faremos uma incursão no campo das provas, para afirmar que a atual legislação não respeita princípios importantes do Processo Penal, como a presunção de inocência e o *nenotenetur se detegere* – problema que não encontrou solução com entrada em vigor da lei nº 12.760/2012. Em conclusão tem-se que a tipificação da embriaguez ao volante, na forma como descrita na Lei atual, além de violar a Constituição Brasileira, mostra-se menos eficaz que a resposta administrativa ao mesmo problema.

Palavras-chave: Crime de embriaguez ao volante. Prova do tipo penal da embriaguez ao volante. Princípios constitucionais envolvidos na comprovação do crime de embriaguez ao volante. Lei nº 11.705/2008. Lei nº 12.760/2012. Infração e medidas administrativas.

Sumário

Introdução	09
Capítulo 1 Conceitos preliminares	11
1.1 Conceito de trânsito	11
1.2 Conceito de embriaguez	11
Capítulo 2 Os tipos penais da embriaguez ao volante	14
2.1 A embriaguez ao volante, no CTB	14
2.2 A embriaguez ao volante, na Lei nº 11.705/2008	16
2.3 A embriaguez ao volante, na Lei nº 12.760/2012	19
Capítulo 3 A controversa questão probatória do crime de embriaguez ao volante	22
3.1 A Lei nº 9.503/1997 e a constatação da embriaguez ao volante	22
3.2 A Lei nº 11.705/2008 e as provas da embriaguez ao volante	22
3.3 A Lei nº 12.760/2012 e os novos meios de prova	27
Capítulo 4 A Lei nº 12.760/2012 e seus meios de prova	28
4.1 Preliminar	28
4.2 O etilômetro e teste de alcoolemia	28
4.3 O agente da autoridade de trânsito	31
4.4 O exame pericial	34
4.5 As testemunhas	36
4.6 As gravações audiovisuais	37
4.7 Das demais substâncias	37
4.8 Caso prático	39
Capítulo 5 Os conflitos entre os valores jurídicos na comprovação do delito	42
5.1 Introdução	42

5.2 Princípio da Proporcionalidade (Razoabilidade)	43
5.3 O princípio da não auto- incriminação (<i>nemotenetur se detegere</i>)	45
5.4 Presunção de inocência (presunção de não-culpabilidade)	48
5.5 Manifestação da AGU x Parecer da PGR	50
5.5.1 Manifestação da AGU	50
5.5.2 Parecer da PGR.	54
Capítulo 6 Uma nova possibilidade para o tratamento jurídico da embriaguez ao volante	55
6.1 Considerações	55
6.2 A licença para dirigir	55
6.3 A embriaguez ao volante e as medidas administrativas	57
Conclusão	60
Referências	62

Introdução

O objeto deste estudo é o tratamento da questão probatória do crime de embriaguez ao volante, definido no tipo penal do art. 306, Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 12.760/2012). A Lei de 2012 foi editada com o objetivo de alterar a Lei anterior, nº 11.705/2008, conhecida como “Lei Seca”, cuja aplicabilidade por sua própria redação, mostrou-se problemática, em vista de sua interpretação à luz do princípio legal aliada à comprovação da elementar contida no tipo penal revogado (“concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”).

Abordaremos a repercussão, no direito probatório, da definição do crime de embriaguez ao volante, enfocando as mudanças de redação do art. 306, do CTB.

Na sequência, serão examinados os meios de comprovação dessa conduta, desde sua previsão inicial no CTB até a edição da Lei nº 12.760/2012, quando serão demonstradas as dificuldades probatórias do delito, tendo em vista os princípios constitucionais aplicáveis. O legislador deixou de levar em conta princípios básicos do Direito e do Processo Penal – proporcionalidade, presunção de inocência e o *nenotenuitur se deteger* – na tentativa, de a todo custo, conferir tratamento penal mais rigoroso ao problema da direção sob efeito de álcool (ou de “outra substância psicoativa que determine dependência”). Acontece que os princípios constitucionais que formatam o Direito Penal sob o Estado Democrático de Direito não podem ser desprezados em favor de um pseudo-bem jurídico-penal, como é o “interesse coletivo por um trânsito menos violento”.

Por sua pertinência em relação a esse debate, serão discutidos o parecer da Procuradoria Geral da República – PGR e a manifestação da Advocacia Geral da União – AGU, na defesa de posições diferentes, no tocante à obrigatoriedade de o motorista se submeter aos testes de comprovação de embriaguez.

Destacaremos, então, uma visão diferenciada do “direito de dirigir”, a partir da noção do ato administrativo chamado licença, de maneira que o indivíduo necessite se submeter aos testes de índice alcoólico, caso deseje manter sua CNH, demonstrando que a exasperação das medidas administrativas bastaria para reprimir a embriaguez ao volante.

Pela análise realizada neste trabalho, evidenciou-se que a Lei nº 12.760/2012 não cumprirá seu objetivo de resolver as dificuldades introduzidas pelas disposições da “Lei Seca”. Na verdade, a questão probatória continuará viciada, por violação dos princípios penais aplicáveis. A criminalização da embriaguez ao volante, tal como hoje tipificada no

art.306, do CTB, não intervém de maneira eficaz na redução do problema, mostrando-se as medidas administrativas muitas mais apropriadas a promover os objetivos visados pelo legislador.

1 Conceitos preliminares

1.1 Conceito de Trânsito

Inicialmente, para o bom andamento deste trabalho, precisamos adotar um conceito do que venha a ser trânsito, como também a noção do que seja via. Para tanto, incorporamos as lições do atual Código especializado, haja vista ser a legislação básica sobre o tema.

Conforme o art. 1º, § 1º, do CTB, trânsito é “a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.” Cabe ressaltar que as vias podem ser terrestres ou urbanas, sendo classificadas em: ruas, avenidas, logradouros, caminhos, passagens, estradas, praias abertas à circulação pública, vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas ou rodovias.

1.2 Conceito de embriaguez

Além danoção já expendida, se faz necessário responder o que é embriaguez. Ressaltamos que a legislação de trânsito engloba como possíveis causadores de embriaguez, as seguintes drogas: bebidas alcoólicas, entorpecentes e substâncias psicoativas que determinem dependência.

Segundo o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas¹, adotando o conceito da Organização Mundial de Saúde, droga² “é qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento”. O Observatório ainda ressalta que as drogas usadas para alterar o psiquismo humano, modificando o funcionamento cerebral, são chamadas de drogas psicotrópicas ou substâncias psicoativas.

Por sua vez, o art. 6º da “Lei Seca” enuncia que bebida alcoólica são todas as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac (°GL). Este indicador se refere à quantidade de um litro de

¹ O Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas – OBID foi lançado em 2002, durante a Semana Nacional Antidrogas. O projeto foi desenvolvido pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, com apoio financeiro do Ministério da Saúde, com objetivo de reunir e coordenar o conhecimento disponível sobre drogas para fundamentar o desenvolvimento de programas e intervenções dirigidas à redução de demanda e oferta de drogas.

² http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11250&rastra=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Defini%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rico. Acesso em: 10/06/2013

álcool puro (etanol) presente em cada 100 partes da solução. Ilustrando, cerveja (3-5 °GL); vinho (12 °GL); pinga (38-54 °GL); conhaque (40-45 °GL); vodca (40-50 °GL) e uísque (43-55 °GL).

Expendidas estas considerações, podemos proceder ao estudo do conceito de embriaguez alcoólica denominada cientificamente como intoxicação aguda alcoólica. Esta, conforme as publicações do Hospital Albert Einstein³, é “uma condição clínica transitória que se segue à administração do álcool e resulta em perturbações nos níveis de consciência, cognição, percepção, afeto, comportamento ou outras funções ou respostas psicofisiológicas do indivíduo”.

Essa intoxicação aguda pode ser dividida em três graus, assim, quando o paciente apresenta níveis séricos, ou seja, quantidades no sangue, de etanol menores que 50mg/dL (0,5 g/L), fala-se em grau LEVE; quando os níveis estiverem entre 50-100mg/Dl (0,5 – 1 g/L), MODERADO; por fim, quando os valores estiverem acima de 100 mg/Dl (1 g/L), será possível falar em nível GRAVE.

No organismo humano, estes valores são responsáveis pelos seguintes sintomas, conforme a tabela⁴ abaixo:

Alcoolemia (g/L)	Efeitos
0,1 – 0,5	Aumento do ritmo cardíaco e respiratório; diminuição da atenção; Comportamento incoerente ao executar tarefas; diminuição da capacidade de julgamento e perda de inibição; leve sensação de euforia, relaxamento e prazer.
0,6 – 1,0	Diminuição da atenção, julgamento e controle; reflexos mais lentos; dificuldade de coordenação e redução da força muscular; redução da capacidade de tomar decisões ou de discernimento; sensação crescente de ansiedade e depressão.
1,0 – 1,5	Diminuição da atenção, julgamento e controle; reflexos mais lentos; dificuldade de coordenação e redução da força muscular; redução da capacidade de tomar decisões ou de discernimento; sensação crescente de ansiedade e depressão.
1,6 – 2,9	Alterações graves da coordenação motora, com tendência a cambalear e a cair frequentemente; estado emocional exagerado (medo, aborrecimentos, aflição); distúrbio da sensação e da percepção às cores, formas, movimentos e dimensões; debilidade no equilíbrio; incoordenação muscular.
3,0 – 3,9	Letargia profunda; perda de consciência; estado de sedação comparável ao de uma anestesia cirúrgica.
> 4,0	Letargia profunda; perda de consciência; estado de sedação comparável ao de uma anestesia cirúrgica.

É justamente no intervalo entre 0,6 – 1,0 g/L que se encontrava a principal referência para a legislação de trânsito revogada, utilizada como elemento objetivo para a constatação do

³<http://www.einstein.br/Paginas/home.aspx>. Acesso em 12/06/2013.

⁴RACHKORSKY, Luiz Lippi, ZERBINI, Talita, CINTRA, Raquel Barbosa, **Avaliação pericial da embriaguez: legislação e aspectos práticos**. Saúde, Ética & Justiça. 2012; 17(2): 44-9

crime de embriaguez ao volante. Na redação da “Lei Seca”, o indivíduo era considerado embriagado a partir do nível sérico de álcool que ultrapassa a marca de 0,6 g/L (6 dg/L).

O órgão competente, nos termos da Lei nº 9.782/1999, para regular as substâncias entorpecentes, no Brasil, é a ANVISA. Para esta agência reguladora, substâncias entorpecentes⁵ são todas aquelas que possam determinar a dependência física ou psíquica, estando relacionadas nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova Iorque e suas emendas, como exemplo de drogas desta lista temos a coca (folha), a cocaína, a heroína, a morfina, o ópio, dentre muitas outras substâncias, todas incluídas na tabela I da Convenção.

Pela definição da ANVISA, as bebidas alcoólicas poderiam ser naturalmente definidas como substâncias entorpecentes. O álcool estaria, então, no mesmo patamar da maconha, cocaína, heroína e outras drogas psicoativas. A única razão para sua exclusão da referida lista se fundamenta nas questões políticas. Neste sentido, o próprio Governo Federal⁶ esclarece que a dependência de álcool, droga mais popular, atinge 12% dos adultos brasileiros e responde por 90% das mortes associadas ao uso de outras drogas, concluindo que o álcool mata muito mais do que as drogas ilícitas.

A legislação, quando trata de embriaguez, ainda faz referência às substâncias psicoativas que causem dependência, seja física ou psíquica. Embora já tenhamos definido o termo psicoativo, ainda não tratamos do conceito de dependência⁷. Esta pode ser definida como uma relação alterada entre um indivíduo e seu modo de consumir uma substância. Assim, quando o consumo se mostra compulsivo e destinado à evitação de sintomas de abstinência e cuja intensidade é capaz de ocasionar problemas sociais, físicos e ou psicológicos, podemos falar de dependência.

⁵<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+controlados/Conceitos+Tecnicos/fa943400405496ddb01bf89c90d54b4>. Acesso em 09/06/2013

⁶<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/dependencia-quimica/alcoolismo>. Acesso em 09/06/2013

⁷ http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/dependencia_conceito.htm. Acesso em 09/06/2013

2 Os tipos penais da embriaguez ao volante

2.1A embriaguez ao volante, no CTB

A legislação de trânsito no Brasil tem como marco fundamental a edição da Lei nº 9.503, em 23 de setembro de 1997, conhecida também como Código de Trânsito Brasileiro–CTB. A importância deste Código está no fato de que foi a primeira legislação voltada ao tráfego de veículos a prever tipos penais em seu texto.

Nesta Lei, a conduta de dirigir embriagado veículo automotor passou a ser criminalizada, estando tipificada na conformidade do art. 306, transcrito abaixo:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

A partir deste momento, o motorista embriagado responderia, então, administrativamente, pelo artigo 165, e, penalmente, pelo art. 306, todos do CTB.

Para entender o art. 306, precisamos nos armar de alguns conceitos, como o de veículo automotor. Na definição constante do anexo I do CTB, é todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo também compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).

Outra indagação pertinente é sobre o que se deve entender por via pública. Este é um detalhe importante e que pode passar despercebido, pois, em uma análise do Código de Trânsito verificasse que tal definição não existe, fica claro que a técnica legislativa possui deficiências em sua redação. Para amenizar esta lacuna, vale citar o voto⁸ do Desembargador George Lopes Leite, proferido nos autos da Apelação Criminal 20090111033884APR do TJDF, parcialmente transcrito:

“(…) O núcleo verbal das ações descritas nos artigos 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro é conduzir ou dirigir veículo automotor em via pública, de sorte que a realização desses crimes exige que se obtenha primeiro **o conceito de “via pública”, que não está explicitado no texto da lei e deve ser interpretada de forma sistemática.** O artigo 1º da lei de regência afirma que “O trânsito de qualquer

⁸Acórdão nº 512.724, 20090111033884APR, Relator: George Lopes Leite, Revisor: Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/06/2011, Publicado no DJE: 17/06/2011. Pág.: 186)

natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este código", definindo em linhas gerais a competência territorial do Poder Público no tocante à aplicação das regras de trânsito. Em seguida define o que são as vias terrestres urbanas e rurais, tais como as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, as praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas.

Observa-se que a lei distingue vias abertas à circulação em relação àquelas existentes em propriedades privadas, que são aquelas existentes em propriedades rurais, pátios de estabelecimentos industriais, comerciais, de estádios de futebol, de shopping centers, de postos de combustíveis, dentre outras. Estas vias não são abertas à circulação geral, mas eventualmente postas à disposição das pessoas que vão a esses locais motivados por interesses diversos.

No Anexo I, o Código define via como sendo a "superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central". Vários dispositivos dessa lei especificam implicitamente que para a caracterização de uma via não é essencial que ela esteja acompanhada de uma calçada e/ou acostamento, como se vê nos artigos 37 e 68, §§ 2º e 3º. Há que se concluir, pois, que via é a superfície destinada à circulação de veículos, pessoas e animais.

A partir desses conceitos, pode-se buscar uma definição baseada no Código para estabelecer o que seja via pública, para poder alcançar o fim teleológico da norma administrativa ou penal. Dessa forma, via pública é aquela cujo uso está regulamentado pelo órgão competente, excluindo-se as vias privadas não abertas à circulação geral, que não é regulamentado pelo Poder Público. Deve, ainda, ser constituída pela menos de uma pista, elemento essencial à caracterização de uma via.

Ainda no Anexo I, o CTB conceitua estacionamento como a "imobilização de veículos por tempo superior ao necessário para embarque ou desembarque de passageiros", se sorte que os seus elementos caracterizadores em nada se assemelham àqueles utilizados para estabelecer o conceito de via pública. Portanto, para que uma área seja considerada estacionamento, não é necessária a regulamentação do Poder Público, nem a existência de pista para o tráfego de veículos. Assim, há que se reconhecer que um estacionamento não integra o conceito de via pública. (...)"

O entendimento jurisprudencial, portanto, enuncia que via pública é aquela via que tem seu uso regulamentado pelo órgão competente, e que constituída ao menos de uma pista. Excluindo-se desse conceito as vias privadas não abertas à circulação geral.

Após a análise do conceito de via pública. Podemos questionar sobre a expressão "dano potencial" inserta no tipo penal. Esta, pela jurisprudência, apontava para a necessidade de que a condução do veículo pelo motorista embriagado gerasse ao menos um perigo concreto, nesta direção é o entendimento do TJDF:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CRIME DE PERIGO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO DO DANO POTENCIAL.

Por ser crime de perigo concreto, a embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) necessita, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial, o que restou comprovado pelo conjunto probatório dos autos.

Recurso desprovido.

(Acórdão n.244662, 20030810063278APR, Relator: Desembargador não cadastrado, Órgão não cadastrado, Data de Julgamento: 23/02/2006, Publicado no DJU SECAO 3: 31/05/2006. Pág.: 191)

Assim, somente quando comprovada a potencialidade do perigo é que estaria configurado o crime. Este requisito dificultava o enquadramento da conduta criminosa, uma vez que recorrentemente o Ministério Público não obtinha êxito em comprovar o perigo concreto, o que levou o Legislativo a criação da Lei nº 11.705/2008.

2.2A embriaguez ao volante, na Lei nº 11.705/2008

O Legislativo, buscando evitar a qualquer custo a embriaguez ao volante, editou a Lei nº 11.705/2008 que possuía o objetivo de endurecer a resposta penal à conduta em questão, definindo então a seguinte redação ao art. 306 do CTB:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A lógica legislativa é que o Direito Penal é o meio necessário e eficiente para evitar que os motoristas se embriaguem e dirijam, como se o castigo penal fosse o regular social por excelência, mesmos nos casos que a sanção administrativa pode se revelar mais eficaz que a ameaça da pena criminal.

Nem toda conduta socialmente repudiada deve corresponder, sob pena de violação do princípio constitucional da lesividade, também conhecido como princípio da exclusiva proteção ao bem jurídico. Não é este, contudo, o caminho mais adequado à lógica do sistema constitucional em vigor, pois o raciocínio do Legislativo se funda em uma banalização do Direito Penal, tornando regra o que deveria ser exceção.

O Direito Penal, em função do seu caráter de *ultima ratio*, somente deve intervir em casos extremos, quando a sanção extra-penal não se mostre adequada ou eficaz, sendo imprescindível uma ação mais vigorosa, por intermédio da pena criminal. Este não é, todavia, o critério orientador da atuação do legislador brasileiro que, hoje mais do que nunca, não se vê como destinatário dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito e ao processo penal. Da forma como esta definida no art. 306, do CTB, o tipo penal da embriaguez ao volante mal se distingue da infração administrativa.

A “Lei Seca” transformou a embriaguez ao volante, como se vê da interpretação jurisprudencial majoritária, em um crime de perigo abstrato, para cuja configuração não se

exige a ocorrência do “dano potencial”. Deste modo, a infração penal se configuraria com a simples constatação de alcoolemia igual ou superior a 0,6 dg/L, ou de influência de qualquer “substância psicoativa que determine dependência”, por parte do condutor do veículo automotor.

Cabe pontuar que um ou outro doutrinador entendia que o crime em tela, mesmo com a “Lei Seca”, ainda era de perigo concreto. Luiz Flávio Gomes⁹, autor que repudia os crimes de perigo abstrato, afirma que o delito somente se configura se, além do nível de álcool no sangue ou no ar alveolar pulmonar determinado pela lei, for possível constatar a chamada direção perigosa. Para ele, o art. 306 é um caso de perigo concreto indeterminado, ou seja, é necessário o risco efetivo para o bem jurídico coletivo da segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa concreta tenha sofrido perigo.

Para o autor, todo tipo legal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo concreto (ainda que indeterminado, que é o limite mínimo para se admitir um delito). Esta é, entretanto, uma posição minoritária na jurisprudência atual. Os precedentes citados a seguir, respectivamente, do TJDF e do STF, retratam a posição que predomina nos tribunais hoje em dia:

DIREITO PENAL - DELITO DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - TESTE DE ALCOOLEMIA - ETILÔMETRO - EMBRIAGUEZ DEMONSTRADA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - ÓBICE NA REINCIDÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA.¹⁰

1. A infração penal de embriaguez ao volante, prevista no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, constitui crime de perigo abstrato, cuja prova da exposição a perigo real é desnecessária, porquanto para a configuração do crime, basta a prova de que o acusado conduzia veículo automotor, em via pública, com concentração de álcool acima dos limites legais ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que cause dependência, daí se extraindo o risco à incolumidade pública.

2. O teste do bafômetro, somado à confissão judicial do apelante, que admitiu ter consumido bebida alcoólica no dia do fato em apuração, corroborada pelo depoimento de policial militar que atuou na abordagem e prisão em flagrante do agente, forma conjunto probatório idôneo a embasar o decreto condenatório.

3. Configurada a reincidência, correta é a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena (art. 33, §2º, 'c', do CP).

4. As duas anteriores condenações, transitadas em julgado, por delito de trânsito revelam-se desfavoráveis à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a qual se mostra insuficiente para fins de coibir a conduta delituosa.

⁹GOMES, Luiz Flávio. **Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/>. Acesso em: 12/06/2013

¹⁰Acórdão n.º 663.731, 20080710287622APR, Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/03/2013, Publicado no DJE: 25/03/2013. Pág.: 396.

5. Inviável é a suspensão condicional da pena quando não preenchido o requisito do inciso I, do artigo 77, do Código Penal.
6. Recurso conhecido e não provido.

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.¹¹

I – A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II – **Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.**

III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem tutelado e, portanto, configurado o crime.

IV – **Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.**

V – Ordem denegada.

A intenção do legislador com a edição da “Lei Seca” era, sem dúvida, enrijecer a resposta penal em relação ao crime de embriaguez ao volante. Tal intuito fica evidente ao ser adotada a hipótese do crime de perigo abstrato, em detrimento da ocorrência de um crime de perigo concreto. Como explanado no julgado do STF citado, esta alteração ocorreu por opção legislativa, a qual dirimiu a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do motorista que dirige embriagado. Ainda que o Supremo tenha decidido pela constitucionalidade da previsão legal de crime de perigo abstrato, há vozes dissidentes na doutrina brasileira.

O novo ordenamento, a despeito da propaganda de sucesso repressivo por via da “tolerância zero” – ou “quase zero” – em relação ao álcool, acabou por afrouxar a possibilidade de incidência do art. 306 do CTB, ao inserir no próprio tipo penal a elementar correspondente ao valor específico de álcool no sangue, para o efeito de materialização do delito, porque, deste modo, restringiu a possibilidade probatória ao teste de alcoolemia e ao etilômetro.

¹¹ HC 109.269/MG, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 27/09/2011, DJe de 11/10/2011.

2.3 A embriaguez ao volante, na Lei nº 12.760/2012

A Lei nº 12.760/2012 é considerada um verdadeiro remendo à Lei nº 11.705/2008, pois veio exclusivamente para consertar os erros cometidos na “Lei Seca”. Atualmente o art. 306, do CTB, tem a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

O novo texto não mais contém a expressão “via pública” presente na redação anterior do caput do art. 306. A questão que se coloca é saber se, agora, o crime também se configura em via que não seja pública. Esta nova previsão, com certeza, enfrentará contestações doutrinárias, pois qual será a lesividade da embriaguez ao volante no interior de uma via privada? Ora, o Direito Penal, como *ultima ratio*, deve intervir em situações extremas e de forma adequada ao princípio constitucional da lesividade, o que não parece ser o caso da hipótese aventada.

A discussão mais importante suscitada pela nova redação do citado artigo é se o crime permaneceu como de perigo abstrato ou se voltou a ser um crime de perigo concreto.

Eduardo Cabette¹² responde a este questionamento, no sentido de que, na nova Lei, o ilícito penal é de perigo abstrato, mas isona hipótese do inciso I, do § 1º, do art. 306 do CTB, uma vez que ali não há qualquer conduta que necessite ser comprovada. Ao contrário, na

¹²<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/44670/nova-lei-seca-lei-12760-12-perigo-abstrato-ou-perigo-concreto>. Acesso em: 12/06/2013.

hipótese do inciso II, do mesmo dispositivo, Cabette afirma que o crime é de perigo concreto, pois seria imprescindível a demonstração da alteração da capacidade psicomotora do motorista, de forma que prejudique a capacidade do acusado de conduzir veículo automotor, colocando em risco tanto o indivíduo como as demais pessoas.

Luiz Flávio Gomes¹³ defende que estamos diante de um crime de perigo concreto, que somente se aperfeiçoaria quando comprovada a capacidade psicomotora alterada, não bastando a simples comprovação do grau de alcoolemia do indivíduo ou índice do bafômetro igual ou acima do mínimo legal. Gomes entende ser necessário que exista ao menos um risco indeterminado à vida, à integridade física ao patrimônio alheio, rebaixando concretamente o nível da segurança viária, ainda que não seja imprescindível uma vítima concreta. Exemplifica:

“(...) Quem ingeriu álcool ou outra substância e dirige de forma anormal (ziguezague, por exemplo) ou está visivelmente embriagado (não conseguindo sequer caminhar sozinho, por exemplo) ou tem 1,5g de álcool por litro de sangue ou mais (situação inequívoca de embriaguez, com patente redução da capacidade de dirigir com segurança), está praticando o crime do art. 306. Nessas situações não há dúvida. Mas se o condutor tem de 0,6 decigramas a 1,5g de álcool por litro de sangue ou se somente existem provas clínicas e testemunhais ou imagens, tudo depende do caso concreto, da pessoa concreta etc. Cada pessoa reage de uma forma frente ao álcool. Conforme sua quantidade, pode ou não ter sua capacidade psicomotora alterada. (...)”

Renato Marcão¹⁴ defende que a Lei nº 12.760/2012 continuou a definir o crime de embriaguez ao volante como sendo de perigo abstrato. Em sua lógica, conduzir veículo nas condições do artigo 306, caput, do CTB, é uma conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera o perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Aduz, ainda, que o tipo penal não exige a exposição a dano efetivo à incolumidade de outrem. Ressalta que a verificação do índice alcoólico ou dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, descritos nos incisos, não são variantes da modalidade típica descrita no caput, são, na verdade, somente meio de provas da infração criminal.

Evidencia-se que esta nova redação legal expõe como nossa técnica de redação legislativa é deficitária, pois o uso da expressão “capacidade psicomotora alterada” carregará robustas dúvidas sobre se estamos diante de um crime de perigo concreto ou abstrato.

¹³<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/alcool-e-transito-crime-ou-infracao-administrativa/>. Acesso em 11/06/2013.

¹⁴<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-anteriores-edicao>. Acesso em: 11/06/2013.

Como demonstrado, não há consenso doutrinário quanto à questão, havendo duas correntes majoritárias de pensamento: crime de perigo concreto ou crime de perigo abstrato.

Entendemos que existe razão no cisma doutrinário, pela leitura do art. 306 do CTB temos que o caput do dispositivo impõe para a configuração do tipo a necessidade de constatação da alteração da capacidade psicomotora, a ser comprovada pelos sinais de embriaguez conforme o § 1º, inciso II, do mesmo artigo. Neste caso, o tipo penal se assemelha uma hipótese de crime de perigo concreto.

Já quando o mesmo artigo dispõe em seu § 1º, inciso I, que a conduta criminosa possa ser aferida pela simples constatação da concentração igual ou superior a 06 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar. Neste cenário, o tipo penal se aproxima a uma hipótese de crime de perigo abstrato.

Assim, o novo tipo não define de maneira esmerada como se configura a embriaguez ao volante no art. 306 do CTB, não fica claro quais os requisitos necessários para que se configure o tipo. Quando poderemos falar que a embriaguez está configurada? Quais as provas necessárias? Aprofundaremos esta questão, quando tratarmos das provas na Lei nº 12.760/2012.

3A controversa questão probatória do crime de embriaguez ao volante

3.1A Lei nº 9.503/1997 e a constatação da embriaguez ao volante

Imperioso observar que o art. 306 do CTB, em sua legislação original, não exigia para a sua ocorrência qualquer grau de alcoolemia. O ilícito penal à época era configurado, conforme a corrente majoritária na jurisprudência, como um crime de perigo concreto, exigindo para sua configuração a criação do “dano potencial” pelas condutas do motorista embriagado. Neste sentido temos o RESP¹⁵ 515.526/SP do STJ:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. INOCORRÊNCIA. O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente. Recurso provido, absolvendo-se o réu-recorrente.

Entretanto este acerto durou por pouco tempo, imbuído do espírito punitivo estatal, o legislador buscando recrudescer o art. 306, editou a “Lei Seca”, a qual alterou drasticamente a caracterização do delito de embriaguez ao volante, mudanças a serem analisadas no próximo tópico.

3.2 A Lei nº 11.705/2008 e as provas da embriaguez ao volante

A Lei nº 11.705/2008 buscou, sobretudo, ampliar as possibilidades de enquadramento do crime de embriaguez ao volante, ao estabelecer no próprio tipo penal o índice de alcoolemia para que o condutor fosse considerado embriagado.

Pode-se dizer que o legislador inovou ao excluir do tipo a necessidade do perigo concreto, transformando, pelo entendimento preponderante da jurisprudência, o crime de embriaguez ao volante em um crime de perigo abstrato.

Interessante é notar que a mudança de redação do ilícito penal poderia ter facilitado a constatação de embriaguez ao volante tipificada no art. 306 do CTB. Uma vez que com a edição da “Lei Seca”, não haveria mais a necessidade de comprovação do dano potencial, bastando para a configuração da embriaguez que o motorista dirigisse com grau de alcoolemia

¹⁵REsp 515.526/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 598.

em 06 dg/L de álcool no sangue ou 0,3 mg/L de álcool no ar alveolar pulmonar, o que já configuraria o crime, sendo dispensada a possibilidade de dano. Entretanto, justamente na imposição da aferição deste índice alcoólico, é que a redação legal se mostrou equivocada, o que acabou por determinar a sua inaplicabilidade

A fixação do grau de alcoolemia em 6 dg/L de álcool no sangue ou 0,3 mg/L de álcool no ar alveolar pulmonar estabeleceu o “bafômetro” conhecido formalmente como etilômetro, o instrumento básico para a comprovação do delito. O bafômetro, embora não meça o nível de álcool no sangue, mas, sim o nível de álcool no ar alveolar pulmonar, está devidamente subsidiado pelo parágrafo único do art. 306, o qual indica que o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime.

A correspondência foi efetuada pelo Decreto nº 6488/08 de 19 de junho de 2008, que ainda definiu que as margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos seriam definidas em resolução do CONTRAN. Contudo ressalta que até a edição deste ato, a margem de tolerância seria de 02 dg/L álcool no sangue para todos os casos, e nos casos do uso do etilômetro, a margem de tolerância seria de 0,1mg/L de álcool no ar expelido dos pulmões, estes índices acabaram permanecendo durante toda a “Lei Seca”.

Para compelir os indivíduos a se submeterem ao “bafômetro”, o legislador definiu que fossem aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do Código, caso o condutor se recusasse a se submeter a qualquer dos procedimentos que pudessem aferir sua embriaguez. Esta medida espantosa, sem qualquer fundamento jurídico, “indiretamente” coage os indivíduos a colaborar com sua condenação, tornando os condutores, então, assistentes de acusação contra si mesmos, ajudando o Ministério Público em seu ofício.

Não há como compactuar com esta medida. Se assim fosse qualquer acusado seria obrigado a ajudar na obtenção de provas contra si mesmo. Este dispositivo do CTB viola estabelecidos princípios penais de morada constitucional, como a presunção de inocência e o da não auto-incriminação (*nemo se detegeretetur*).

Inicialmente, esta Lei causou grande impacto quando amplamente veiculada pelos meios jornalísticos. Segundo notícias do portal UOL¹⁶, em 18 de junho de 2010, reproduzindo dados do Ministério da Saúde, a média nacional de redução de mortes no trânsito foi de 6,2% desde o início da entrada em vigor da “Lei Seca”. Este índice representou 2.302 mortes a

¹⁶<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/06/18/rio-e-campeao-em-reducao-de-acidentes-em-dois-anos-de-lei-seca-diz-temporao.htm>. Acesso em: 08/06/2013

menos em todo o país, reduzindo de 37.161 para 34.859 o total de óbitos causados pelo trânsito. O mesmo portal¹⁷, em notícia do dia 01 de agosto de 2008, reproduzindo dados da ABRAMET dita que a “Lei Seca” evita que, diariamente, 50 pessoas morram, que 300 fiquem feridas e que 120 fiquem com alguma seqüela, sendo 200 internações hospitalares a menos e uma economia diária estimada em R\$ 45 milhões.

Realmente, no início como demonstrado pelas reportagens, houve um impacto considerável, pois os contumazes motoristas que tinha o costume de beber e dirigir. Inicialmente assustados, se portavam de duas maneiras: a uma não bebiam e dirigiam, pois tinham medo das consequências caso fossem flagrados; a duas continuavam bebendo, e por acreditarem na obrigatoriedade do bafômetro, se submetiam ao teste sendo punidos. Havia, também, aqueles que se arriscavam a não soprar o bafômetro, ousando a não seguir as orientações dos agentes de trânsito, no começo isto não deu muito certo.

Inicialmente, o STJ sustentava que era prescindível a comprovação do índice de alcoolemia do indivíduo pelo etilômetro. No julgamento do RESP 1.208.112¹⁸, em 24 de maio de 2011, por este Tribunal foi decidido que:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CARACTERIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. TESTE DE ALCOOLEMIA OU BAFÔMETRO. PRESCINDIBILIDADE. AVERIGUAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXAME CLÍNICO E PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que a Corte estadual, não obstante a existência de depoimentos de testemunhas no sentido de que o réu conduzia o veículo sob influência de álcool, o absolveu da imputação, sob o entendimento de que o tipo penal "não se contenta com o exame clínico, exigindo demonstração técnica do teor alcóolico do motorista", sendo que não foi possível a averiguação do teor de álcool em seu sangue, uma vez que não fora realizado exame pericial.

II. O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcóolica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência - averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal.

III. Para a caracterização da conduta prevista no tipo do art. 306 do CTB não é imprescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro, bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.

IV. Afastada a imprescindibilidade da prova técnica para a configuração do delito, deve ser determinada a cassação do acórdão recorrido, de modo que outro seja proferido com base na jurisprudência desta Corte.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

¹⁷ <http://carros.uol.com.br/ultnot/2008/08/01/ult634u3116.jhtm> Acesso em: 08/06/2013

¹⁸ REsp 1208112/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 15/06/2011

Percebe-se, pela análise da ementa, que a argumentação da Turma para sustentar a condenação era que o delito de embriaguez ao volante se aperfeiçoaria, a princípio, coma prova de que o condutor ingeriu bebida alcoólica em valor igual ou superior ao índice fixado na norma incriminadora. Caso não fosse possível esta constatação, poderia o motorista ainda ser enquadrado no tipo penal, por estar dirigindo sob a influência de substância psicoativa, bebida alcoólica, a qual poderia ser comprovada por exame clínico ou depoimento testemunhal.

Inicialmente, o Tribunal, em um esforçado exercício interpretativo, entendeu que as disposições dirigidas às substâncias psicoativas poderiam também, subsidiariamente, ser utilizadas para a embriaguez alcoólica. Contudo, entendendo pelo princípio da especialidade, que se há um critério específico para as bebidas alcoólicas, expresso pelo legislador, não caberia, ao julgador, usar a redação voltada às demais substâncias. Pois a redação dirigida para as estas substâncias é geral, abarcando maconha, crack, cocaína, entre outras, já o texto vinculado às bebidas alcoólicas é especial, servindo somente aos psicoativos a base de álcool. Deste modo, fica claro que o Tribunal foi além, bem além do que as disposições legais determinavam.

Contudo, essa construção inicial do STJ, não encontrou guarida em outras Cortes, o próprio Tribunal local se mostrou contrário a esta tese, defendendo que só poderia haver condenação pelo art. 306, caso fosse constatado o índice legal de álcool, o qual poderia ser firmado pelo etilômetro ou pelo teste de alcoolemia. Neste sentido interessante é citar o julgamento¹⁹ da apelação criminal 20080110824176APR do TJDF:

APELAÇÃO CRIMINAL - CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ POR EXAME CLÍNICO - ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS - ART. 306 DO CTB - CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE - EXAMES TÉCNICOS ESPECÍFICOS - IMPRESCINDIBILIDADE.

I. A antiga redação do art. 306 do CTB exigia apenas que o motorista estivesse sob a influência de álcool, sem indicar dosagem específica, simples exame clínico poderia atender à exigência do tipo.

II. A Lei 11.705/2008 incluiu na redação do artigo a "concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas" ou "três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões" (artigo 2º do Decreto 6.488 de 19.06.08).

III. A prova técnica é indispensável e só pode ser aferida com o uso do chamado "bafômetro" ou com o exame de dosagem etílica no sangue.

IV. O legislador procurou inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez, mas inadvertidamente criou situação mais favorável àqueles que não se submetem aos exames específicos. A lei que pretendia, com razão, ser mais rigorosa, engessou o tipo penal ao inserir um novo elemento objetivo.

V. Se a lei é mais favorável, retroage para tornar a conduta atípica.

VI. Apelo improvido.

¹⁹Acórdão nº 351.348, 20080110824176APR, Relator: Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/04/2009, Publicado no DJE: 20/05/2009. Pág.: 207

Logo este entendimento se tornou generalizado entre os tribunais, deixando aquele posicionamento inicial do STJ em posição isolada. Após algum tempo, até mesmo este Tribunal se rendeu ao argumento de que o uso do etilômetro ou teste de alcoolemia são imprescindíveis para a configuração do crime em tela, neste sentido vale conferir a notícia²⁰, parcialmente transcrita, veiculada no dia 28 de março de 2012, na página oficial do referido Tribunal:

“(...) Em julgamento apertado, desempatado pelo voto de minerva da ministra Maria Thereza de Assis Moura, presidenta da Terceira Seção, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) **definiu que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.** A tese serve como orientação para as demais instâncias do Judiciário, onde processos que tratam do mesmo tema estavam suspensos desde novembro de 2010.

De acordo com a maioria dos ministros, a Lei Seca trouxe critério objetivo para a caracterização do crime de embriaguez, tipificado pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). **É necessária a comprovação de que o motorista esteja dirigindo sob influência de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue. Esse valor pode ser atestado somente pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro, segundo definição do Decreto 6.488/08,** que disciplinou a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os dois testes. (...)”

Este posicionamento reforçou o que muitos tribunais já defendiam, ou seja, somente haveria crime, em relação à embriaguez por álcool, se fosse constatado o índice alcoólico legal, obtido pelo teste de alcoolemia ou do “bafômetro”. O STJ, cremos, agiu corretamente, entretanto este entendimento, praticamente, aniquilou os efeitos da “Lei Seca”, pois o único meio de prova do delito estava submetido potestativamente ao suspeito, assim, para que o indiciado pudesse ser atuado e processado ele deveria, por fim, acabar consentindo.

Qual a probabilidade de isto acontecer? Nenhuma, pois ninguém teria interesse em ser réu em um processo criminal, as pessoas que ainda se submetiam a um dos testes eram justamente aquelas que, erroneamente, imaginavam a obrigatoriedade da realização dos exames.

Neste quadro, logo surgiram inúmeras notícias que atestavam o declínio da “Lei Seca”, no portal Terra²¹ foi veiculado que no Distrito Federal, o número de acidentes fatais e mortes no trânsito apresentou uma redução significativa no primeiro ano após a entrada em vigor da Lei nº 11.705/2008. Nos anos seguintes, contudo, as estatísticas voltaram a apresentar aumento gradativo de acidentes e óbitos.

²⁰http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218. Acesso em: 07/06/2013.

²¹<http://noticias.terra.com.br/brasil/apos-3-anos-lei-seca-nao-reduz-o-n-de-mortes-no-transito,57d9eb5e3abda310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>. Acesso em 07/06/2013.

A reportagem aprofunda a estatística, informando que no período entre 20 de junho de 2007 e 19 de junho de 2008, portanto antes da Lei, foram 462 acidentes fatais e 500 pessoas mortas. No período imediatamente seguinte à sanção da nova Legislação, os acidentes passaram para 384 (redução de 16,9%) e as mortes, para 422 (queda de 15,6%). Já no segundo ano da “Lei Seca”, entre junho de 2009 e junho de 2010, o número de acidentes passou para 402 e o de mortes chegou a 442. Em relação ao período anterior à Lei, a queda foi de 13% e 11,6%, respectivamente. No terceiro ano posterior à nova Legislação, no período compreendido entre 20 de junho de 2010 e 5 de junho de 2011, foram registrados 417 acidentes fatais e 453 mortes, reduzindo os percentuais de queda em comparação ao ano anterior à Lei para 9,7% e 9,4%, respectivamente.

Estes dados exteriorizavam o declínio gradual e constante da eficácia da “Lei Seca”, o que levou o Legislativo a se movimentar, gerando um movimento pelo endurecimento da resposta penal em relação ao crime de embriaguez ao volante. Assim, após intensa atividade legiferante, foi promulgada a Lei nº 12.760/2012 que veio para retificar a “Lei Seca”.

3.3 A Lei nº 12.760/2012 e os novos meios de prova

A Lei nº 12.760/2012 foi construída pelo legislador com um fim específico: ressuscitar a “Lei Seca”. Esta depois do entendimento consolidado dos tribunais no sentido de que somente o teste de alcoolemia ou etilômetro poderia comprovar a embriaguez ao volante, perdeu sua aplicabilidade pelo fato de, pelo seu próprio texto, limitar sua capacidade probatória, a qual ficou submetida à vontade do infrator de submeter aos testes.

A Lei nº 12.760/2012 remodelou os meios de prova aptos a constatar o delito. A partir da edição desta lei, o ilícito penal poderia ser comprovado das seguintes maneiras: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, sempre se observando o direito à contraprova.

Observa-se que o novo texto “explicita” o direito à contraprova, digo isto porque este “direito” não é novo, sempre esteve presente. Pois é um pressuposto básico de um ordenamento jurídico pautado no princípio da ampla defesa.

Diante das amplas e recentes inovações perpetradas pela Lei nº 12.760/2012, entendo ser fértil a análise minuciosa de cada um dos meios de prova, pontuando-se seus acertos, equívocos e possibilidades.

4 A Lei nº 12.760/2012 e seus meios de prova

4.1 Preliminar

(...)A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade²².(...)

A nova redação ao utilizar no tipo a expressão “capacidade psicomotora alterada”, como dissemos, gera dúvidas até mesmo quanto à natureza do crime, se de perigo concreto ou abstrato, no tocante aos meios probatórios a situação não é muito melhor.

Damásio de Jesus argumenta²³ que, hoje, para o crime de embriaguez ao volante é suficiente provar que o motorista conduzia veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão de álcool ou outra substância psicoativa.

Ressalta, também, que o crime, na prática, será de difícil prova, a não ser em casos extremos em que o Juiz tenha certeza de que o condutor se encontrava com a capacidade psicomotora alterada. Por fim, vale transcrever na íntegra parte de seu raciocínio:

“ (...) A capacidade psicomotora (elemento normativo do tipo), como ensinam os psicólogos, é de difícil definição e, quando alterada (elemento subjetivo), em face do álcool ou outra substância, **varia de pessoa a pessoa, tornando difícil a prova do crime, abrindo brechas à defesa**.(...)”

Vislumbra-se, então, que os tribunais terão que se esforçar para manter a Lei nº 12.760/2012, criada para socorrer a legislação anterior.

4.2 O etilômetro e teste de alcoolemia

Desde a Lei nº 11.705/2008, o “bafômetro”, nomeado oficialmente como etilômetro, e o teste de alcoolemia são considerados meios de prova para a constatação do ilícito penal.

O “bafômetro” é um aparelho que a partir do “sopro” do indivíduo mede o nível de álcool presente no seu ar alveolar pulmonar. Conforme o Decreto nº 6.488/2008, o ilícito penal seria, então, constatado quando atingida a concentração de álcool igual ou superior a 0,3

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. p.327

²³ <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/dirigir-com-a-capacidade-psicomotora-alterada/10381>. Acesso em: 09/06/2013. Acesso em: 11/06/2013.

miligramas de álcool por litro de ar alveolar, enquanto à infração administrativa seria verificada pela concentração igual ou superior a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar. Observando-se a margem de tolerância seria de 0,1 miligrama de álcool por litro de ar alveolar.

O teste de alcoolemia é um exame de sangue que visa a medir a concentração de álcool no sangue do fiscalizado. Configuraria o tipo penal a concentração igual ou superior a 06 decigramas, ou 0,6 gramas de álcool por litro de sangue, enquanto o ilícito administrativo se caracterizaria com qualquer concentração de álcool no sangue. Ainda, segundo o Decreto nº 6.488/2008, a margem de tolerância para o teste de alcoolemia seria de 02 decigramas, ou 0,2 gramas de álcool por litro de sangue.

Estes meios de prova na Resolução nº 432 do CONTRAN são tidos como preferenciais, uma vez que apurariam de maneira objetiva o crime de embriaguez ao volante, pois verificado qualquer dos índices legais (0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar no caso do “bafômetro”, ou 0,6 grama de álcool por litro de sangue no caso do teste de alcoolemia) o indivíduo seria considerado legalmente embriagado.

A fragilidade do etilômetro e do teste de alcoolemia é que estes meios de prova somente podem ser utilizados com o assentimento do autuado, uma vez que ingressam no sensível campo da intimidade física do fiscalizado.

A indagação que surge a partir da atual redação do art. 306 do CTB, dada pela Lei nº 12.760/2012, é se somente a constatação do índice de álcool no sangue ou no ar alveolar pulmonar já configuraria o tipo penal? Este questionamento surge porque o art. 306 do CTB, em seu caput, parece remeter a necessidade de comprovação da alteração da capacidade psicomotora para que se aperfeiçoe a infração criminal. Enquanto o seu § 1º, inciso I dá entender que a constatação da concentração de álcool igual ou superior a 06 decigramas de álcool por litro de sangue; ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar já configuraria o ilícito penal. A questão está em aberto, demandando a devida interpretação judicial. Contudo entendemos que a necessidade de comprovação da alteração da capacidade psicomotora seja a melhor medida, pois dá um tratamento individualizado ao acusado, uma vez que cada pessoa reage de maneira única ao álcool.

Para compreender melhor, cabe citar a reportagem do portal Globo²⁴, a qual explica que as bebidas alcoólicas geram efeitos diferentes nas pessoas, a principal variável a ser

²⁴<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL633563-5603,00-UNICA+FORMA+SEGURA+DE+DRIBLAR+BAFOMETRO+E+NAO+BEBER+ALERTAM+ESPECIALISTAS.html>. Acesso em 07/06/2013.

considerada é o sexo da pessoa, pois homens metabolizam mais rápido o álcool do que as mulheres. O peso, também, influencia, em regra, quanto mais pesado o indivíduo, mais rápida a sua absorção, e a conseqüente eliminação do álcool. A idade é um fator importante, pois pessoas acima dos 60 anos tendem a absorver e eliminar o álcool mais devagar, todavia, caso já possuam uma tolerância adquirida à bebida, a absorção torna-se acelerada. O jejum e a velocidade de consumo da bebida alcoólica, também, interferem na metabolização da substância, bebendo-se rápido ou em jejum a absorção e eliminação do álcool será rápida.

Deste modo, evidente é que cada indivíduo tem sua específica tolerância ao álcool, e quanto mais resistente for a pessoa, maior poderá ser seu nível de álcool no sangue, sem que sua capacidade psicomotora se demonstre alterada. Ademais pelo princípio da individualização da pena estabelecido no art. 5º, inciso XLVI, temos que as penas devem ser fixadas segundo as peculiaridades do infrator. Assim, é possível entender que este princípio é violado, quando se determina a mesma sanção penal aos indivíduos somente com base no índice alcoólico atestado pelo etilômetro ou pelo teste de alcoolemia, sem se atente ao grau de alteração da capacidade psicomotora do indivíduo.

Até mesmo porque para se alcançar o grau estipulado na lei 0,6 g/L ou 6dg/L no caso do teste de alcoolemia, e 0,3 mg/L no caso do bafômetro não é necessário que se ingira muita bebida alcoólica, neste sentido pode-se colacionar a título de ilustração a tabelada UFRRJ²⁵, adaptada abaixo:

DOSE (g/l)	EQUIVALENTE
0,2 a 0,3	1 copo cerveja, 1 cálice peq.vinho, 1 dose uísque ou de outra bebida destilada
0,31 a 0,5	2 copos cerveja, 1 cálice grande de vinho, 2 doses de bebida destilada
0,51 a 0,8	3 ou 4 copos de cerveja, 3 copos de vinho, 3 doses de uísque
Igual ou superior a 0,81	Grandes quantidades de bebida alcoólica

Pela análise dos dados, temos que é possível que uma pessoa beba 03 ou 04 copos de cerveja, atingindo os 6 dg/L de álcool no sangue, entretanto dependendo de sua resistência à bebidas alcoólicas, consiga manter sua capacidade psicomotora sem alterações. A questão está aberta, a embriaguez atualmente estará comprovada caso o etilômetro ou teste de

²⁵<http://www.ufrrj.br/institutos/it/de/acidentes/etanol2.htm>. Acesso em: 07/06/2013

alcoolemia marque positivamente acima dos índices legais estabelecidos? Neste caso já se poderá presumir que a capacidade psicomotora do indivíduo está alterada? São questões controversas que caberá ao Judiciário responder, depois de analisadas as disposições do atual art. 306 do CTB.

4.3 O agente da autoridade de trânsito

Pela resolução nº 432 do CONTRAN, os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados pelo agente da autoridade de trânsito, este pelo anexo I do CTB, é pessoa, civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento.

Na prática, o agente de trânsito é aquela pessoacivil, em geral servidor do DETRAN, ou policial militar, credenciado pelo Departamento de Trânsito competente para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento em uma região geográfica específica, via de regra, uma Unidade Federativa.

Pela Lei nº 12.760/2012, o agente é competente para averiguar os sinais de alteração da capacidade psicomotora que atestem a embriaguez do condutor, para tanto deverá observar os indícios típicos elencados pelo CONTRAN em sua resolução nº 432.

Pela Resolução são indícios do consumo de bebida alcoólica: 1) **sinais do condutor:** Sonolência; Olhos vermelhos; Vômito; Soluços; Desordem nas vestes; Odor de álcool no hálito; 2) **atitudes do condutor:** Agressividade; Arrogância; Exaltação; Ironia; Falante; Dispersão; 3) **orientações do condutor:** Sabe onde está?; Sabe a data e a hora?; 4) **memória do condutor** - Sabe seu endereço?; Lembra dos atos cometidos?; 5) **capacidade motora e verbal condutor** - Dificuldade no equilíbrio; Fala alterada.

Analisando os sinais, pode-se perceber que, via de regra, a constatação da embriaguez alcoólica pelo agente de trânsito tem forte caráter subjetivo, o que gera um grande risco ao indivíduo fiscalizado, pois estará submetido ao alvitre do agente de trânsito, o qual determinará a embriaguez do autuado a partir da análise de frágeis sinais estipulados pela norma legal.

Os sinais estabelecidos na Resolução não caracterizam de maneira veemente a embriaguez do indivíduo, o que permite uma ampla discricionariedade do agente público. Pensemos em uma abordagem, na qual o agente de trânsito ateste a embriaguez do condutor

com base nos seguintes indícios: desordem nas vestes, arrogância, ironia e soluços. A atuação está em consonância com a Resolução nº 432 do CONTRAN, mas estará apta a sustentar uma condenação criminal?

A situação exposta demonstra como a Lei nº 12.760/2012 pode ser frágil, haja vista que os sinais utilizados pela Resolução são conceitos muito fluídos, que permitem o agente de trânsito atuar em pleno subjetivismo, pois o auto de constatação de embriaguez é formulado com base unicamente em suas impressões pessoais.

O quadro se torna ainda mais grave porque o agente de trânsito, em regra, é um policial militar ou servidor público integrante do DETRAN/DF que não possui conhecimentos técnicos, nem científicos para afirmar que qualquer indivíduo esteja embriagado. Agravando este quadro, temos que o agente de trânsito, como servidor público, possui em seu favor a chamada “fé pública”, ou seja, uma presunção relativa de que seus atos e palavras são verdadeiros.

A Resolução nº 432 causa surpresa, pois dá a mesma força probante tanto ao auto de constatação de embriaguez realizado pelo agente de trânsito quanto ao exame pericial realizado pelos peritos. A surpresa vem do fato que o perito médico-legista é um *expert* no assunto enquanto o agente de trânsito não possui este grau de sofisticação em seus conhecimentos. A dúvida que fica é como pôde o legislador igualar estes dois meios de prova?

É bem verdade, como ensina Aury Lopes Junior²⁶, que hoje em nosso ordenamento jurídico não é aceito o sistema de provas tarifadas, fundadono tabelamento legal, na qual cada prova tem seu valor pré-definido e hierarquizado. Este antigo método não permitia ao magistrado julgar plenamente o caso concreto, pois o juiz estava adstrito ao cálculo matemático do valor de cada prova.

Igualmente hoje não vige em nosso Direto o sistema da íntima convicção do juiz, na qual o magistrado decide livremente, sem fundamentar seu julgamento em qualquer critério racional. Este método frutado mais puro subjetivismo, não pode ser aceito, pois privilegia o autoritarismo do julgador.

Nosso sistema jurídico acolheu, sem dúvidas, o método do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, no qual não existe uma hierarquia entre as provas, e nem é lícito ao juiz decidir somente pelo seu íntimo. Presentemente, o magistrado é livre para

²⁶LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I, 7ªEdição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. ps. 542/547.

decidir de maneira fundamentada, lastreado nas provas dos autos, mas sem estar submetido a qualquer grau de importância definido de qualquer uma delas.

Entendemos que embora não exista em nosso ordenamento jurídico atual uma tarifação das provas, também, não se pode aceitar violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que não é razoável permitir que o laudo pericial expedido por um médico legista altamente qualificado seja equiparado, para os efeitos legais, a um auto de constatação de um agente de trânsito leigo. É uma questão controversa que deverá ser analisada em cada caso concreto pelo magistrado!

As autoridades políticas aduzem que, com a nova legislação, caso o motorista entenda que foi prejudicado pela fiscalização de trânsito, poderá se defender pelo bafômetro ou pelo exame de sangue, que serão as contraprovas por excelência aos demais meios probatórios. Neste sentido vale destacar a opinião do Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo²⁷, veiculada, em 19 de dezembro de 2012, no jornal O Globo:

“(...)- (O motorista) Não vai se recusar a fazer o bafômetro. Outros meios de prova, como fotos e relatos, serão validos para condenação. Então, o que era admitido como prova, será instrumento de defesa. Ninguém vai ser obrigado, para ser condenado, a fazer exame do bafômetro. **Mas se a pessoa quiser mostrar que é inocente, ela vai fazer o bafômetro – afirmou o ministro.** (...)”

O entendimento do Ministro é surpreendente, pois de sua argumentação se extrai que teremos com a Lei nº 12.760/12, um novo princípio penal “a presunção de culpa”. Inconteste é que nosso ordenamento jurídico não coaduna com este axioma, pois não é o acusado que necessita provar sua inocência, mas, sim, a acusação que precisa desconstituir a inocência presumida do acusado.

Percebemos que este meio de prova não possui a aptidão necessária para sustentar um decreto condenatório, haja vista a fragilidade dos indícios a serem constatados pelo agente de trânsito, os quais não estabelecem de maneira escoreita a caracterização da embriaguez do indivíduo fiscalizado, deixando ampla margem para a subjetividade do agente fiscalizador.

²⁷<http://oglobo.globo.com/pais/cardozo-diz-que-bafometro-sera-usado-para-se-defender-7102155>. Acesso em: 09/06/2013.

4.4 O exame pericial

Nas lições²⁸ de Guilherme de Souza Nucci: “perícia é o exame de algo ou alguém, realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal.”

Embora em nosso sistema processual penal não haja, ao menos oficialmente, uma tarifação de provas, certos doutrinadores, crêem, sim, que o CPP tarifa o exame pericial, o colocando em posição de destaque. Demonstrando este entendimento, temos as considerações de Nucci:

“(…) Preocupa-se a lei com os crimes que deixam rastros passíveis de constatação e registro, obrigando-se, no campo das provas, à realização do exame de corpo de delito. Trata-se de uma prova imposta por lei (prova tarifada), de modo que não obedece à regra da ampla liberdade na produção de provas no processo criminal. Assim, não se realizando o exame determinado, pode ocorrer nulidade, nos termos do disposto no art. 564, III, b, do CPP. (...)”

Além disso, estes doutrinadores, para justificarem sua posição, citam o art. 158 do CPP, o qual determina que na hipótese de a infração criminal deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito.

Entendemos, a partir das lições de Aury Lopes, que hoje não exista em nosso ordenamento jurídico o sistema tarifário de provas, uma vez que neste o juiz segue um simples cálculo matemático, no qual a prova que tiver a maior pontuação em lei valerá mais, não podendo o juiz decidir de maneira contrária ao tabelamento probatório legal instituído.

Certamente não há nada de parecido com isto em nosso Direito, além do que Nucci se esquece que o art. 182 do CPP enuncia que o juiz não ficará adstrito ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, desde que o faça de maneira fundamentada.

Entretanto fica a indagação, se a embriaguez ao volante deixa vestígios, porque sua constatação não se submete aos ditames do art. 158 do CPP? Por que o Judiciário não entende serem nulos todos os casos de embriaguez ao volante que não foram submetidos ao exame pericial conforme o dispositivo do estatuto processual penal?

A resposta da jurisprudência é que a incidência do art. 158 do CPP não é absoluta, podendo ser suprida pela elaboração de outros meios de prova, de maneira que o Judiciário

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. ps. 383/385.

não fique refém do art. 158 CPP. Neste sentido é interessante citar a decisão²⁹ do STJ no RHC 13.215/SC exarada no julgamento de um caso de infração ao art. 306 do CTB:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDUÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 306, CBT). PROVA MATERIAL.

PRESCINDIBILIDADE DE TESTE OU EXAME PERICIAL. ART. 158 DO CPP. DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA INFRAÇÃO. EXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIAS DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

I - Afigura-se insuscetível de análise na célere via do writ a alegação de nulidade de prova relativa ao teste de dosagem alcoólica (teste do bafômetro), haja vista que a mesmareclama o revolvimento de questões fático-probatórias não demonstradas, de plano, na impetração.

II - Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão-somente, o respectivo exame pericial.

III - Existindo nos autos elementos que evidenciem, a princípio, a perpetração da infração delineada no art. 306 do CPP, não há como trancar a ação penal, sob a argumentação de atipicidade do delito, sem o necessário cotejo analítico do material cognitivo.

IV - A propositura de ação penal não se vincula, na espécie, à decisão proferida na esfera administrativa, haja vista a independência das instâncias.

Writ denegado.

Evidente é, então, que a jurisprudência ressalva a obrigatoriedade do art. 158 do CPP nos casos de embriaguez ao volante, decidindo pela sua prescindibilidade. Não há muitos questionamentos quanto à idoneidade do exame pericial para constatação dos sinais clínicos de embriaguez. Todavia a fragilidade do exame pericial está justamente em sua operacionabilidade, pois em regra os peritos ficam no IML. Cabe observar que o deslocamento até ao Instituto pode permitir que os sinais de embriaguez desapareçam, impedindo a constatação do delito. Este é um meio de prova fragilizado perante o lapso temporal entre o flagrante da suposta embriaguez ao volante e a realização efetiva do exame pericial, o que poderá trazer questionamentos sobre os resultados alcançados através de exame realizado pelos peritos.

²⁹RHC 13.215/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 26/05/2003, p. 368.

4.5 As testemunhas

Testemunha, segundo Nucci³⁰, “é qualquer pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade.”

Cordero, apud Aury Lopes³¹, faz a seguinte ilação:

“(...) A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos de cada indivíduo e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes estão em absoluta dissonância com o fato histórico.(...)”

Observada a seguinte transcrição, temos como objetivo não invalidar a prova testemunhal, tirando todo o seu crédito, até mesmo porque é cediço que em alguns crimes somente há o testemunho da vítima como elemento probatório. Entretanto no caso específico da embriaguez ao volante é demasiadamente complexo confiar às testemunhas que deponham sobre elementos frágeis e subjetivos como os indícios arrolados na Resolução nº 432 do CONTRAN.

Até mesmo porque a principal fonte de informação da testemunha é sua memória, e esta pode gerar, sim, depoimentos temerários. Não é o caso de se entender que a testemunha está mentindo, pois age sem dolo e culpa, mas existem, sim, grandes chances de que o testemunho dado não corresponda aos fatos, devido a carga de subjetividade das testemunhas na análise dos sinais de embriaguez.

Agravando o quadro, o Ministério Público tem a praxe de convocar como suas testemunhas os próprios agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante, os quais ainda gozam da fé pública, que reveste de presunção de veracidade seus atos. O testemunho do agente público é um dos mais atingidos pelo fator subjetivo, pois é crível entender que o agente que efetivou a prisão tenha toda uma carga de pensamentos, consciente e inconsciente, para reafirmar em Juízo a idoneidade de sua conduta, e da prisão realizada por sua pessoa, de maneira que, naturalmente, buscará o agente público validar seus atos em Juízo.

³⁰NUCCI, 2012.op. cit. p. 472.

³¹LOPES JUNIOR, 2011. op cit. p. 656

Compreendemos que a prova testemunhal, no caso do crime de embriaguez ao volante, pode ser utilizada, mas com grandes ressalvas. Pois como exposto, é uma das provas com maior chance de ser contaminada pela subjetividade dos indivíduos, e no caso específico do delito em estudo, a situação é ainda mais complicada, porque a testemunha atestará sobre os indícios de embriaguez dispostos na Resolução nº 432 do CONTRAN, que são de extrema volatilidade para a percepção dos leigos.

4.6 As gravações audiovisuais

De todas as provas, julgamos que esta é a que menos pode causar controvérsias, pois as gravações audiovisuais são de fácil judicialização, podendo ser anexadas aos autos, o que possibilita que possam ser analisadas pelo juiz quantas vezes for necessário. Na verdade, analisando o material gravado, o magistrado poderá ele mesmo realizar a aferição dos sinais de embriaguez que acometeram o indivíduo.

A utilização das gravações audiovisuais afasta muita das dificuldades constatadas ao longo do nosso estudo, ou seja, o risco do subjetivismo exacerbado da constatação dos indícios pelo agente de trânsito e pelas testemunhas, as dificuldades de elaboração do exame pericial, a controversa questão da incursão probatória na esfera física do acusado observada no uso do etilômetro e no teste de alcoolemia.

O réu caso entenda que a gravação audiovisual não corresponde à realidade, poderá argüir a sua inveracidade, solicitando a comprovação da impropriedade documental, por meio do incidente de falsidade previsto no CPP. Observando-se que, conforme os dispositivos do próprio Código, pode o magistrado, de ofício, proceder à verificação da falsidade, caso julgue necessário.

4.7 Das demais substâncias

Interessante observar que embora a Lei nº 12.760/2012, bem como as demais legislações anteriores façam a previsão do crime da embriaguez ao volante pelo uso de substâncias que causem dependência, temos que há poucos debates sobre a embriaguez ao volante causada por estas substâncias.

O etilômetro amplamente utilizado na verificação da embriaguez alcoólica, pela sua facilidade de utilização, não é útil na verificação do uso de substâncias que causem

dependência, sendo usado exclusivamente na constatação do consumo de bebidas alcoólicas. O exame de sangue é meio eficaz para verificação do uso de substâncias que causem dependência, todavia sofre com a dificuldade para sua realização, uma vez que o indivíduo fiscalizado deve assentir com o procedimento.

A prova testemunhal e a constatação dos indícios pelo agente de trânsito são meios de provas de extrema subjetividade que poderiam facilmente ensejar em um decreto condenatório equivocado.

Quanto ao exame pericial, temos que este é um meio apto para constatar a condução sob influência de substâncias que causem dependência, na medida em que é um laudo elaborado por especialistas no estudo das alterações físicas e psicológicas que acometem os indivíduos, contudo sofre da fragilidade destacada no capítulo anterior.

A gravação audiovisual permite levar ao magistrado um “retrato fiel” do flagrante observado, permitindo uma decisão mais convincente do juiz que poderá analisar e reanalisar as provas colhidas, caso entenda ser necessário.

A Resolução nº 432 do CONTRAN indica que a embriaguez ao volante ocasionada por substâncias que causem dependência será, preferencialmente, constatada por exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária. Contudo temos que este exame, por violar a esfera física do indivíduo, ficará ao alvitre do fiscalizado que decidirá se cooperará ou não a elaboração da prova, como ocorre no exame de sangue, a exceção será se objeto de análise já tiver se destacado do indivíduo (ex. fio de cabelo solto).

O jornal Estadão³² veiculou em 08 de fevereiro de 2013 a notícia de que em São Paulo seria utilizado, de maneira inédita, uma espécie de “bafômetro” apto a verificar o consumo de maconha e cocaína, o teste ocorreria a partir da saliva coletada. A reportagem afirma ainda que diferentemente do caso das bebidas alcoólicas não será necessário a constatação de qualquer concentração, e que, como no caso do etilômetro, o teste não é obrigatório.

O exame, com certeza trará questionamentos, sofrendo das mesmas deficiências do uso do etilômetro ou do teste de alcoolemia, haja vista a necessidade de assentimento do acusado.

Indaga-se, será que o simples resultado positivo para a maconha ou cocaína confirma a embriaguez? Entedemos que, na embriaguez causada pelo uso de substâncias psicoativas, será

³²<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,a-partir-de-hoje-blitz-da-lei-seca-vai-flagrar-quem-usa-maconha-e-cocaina-,994412,0.htm>. Acesso em: 07/06/2013.

imprescindível que fique comprovada a alteração da capacidade psicomotora, pois a redação do art. 306 do CTB não faz referência a qualquer índice do consumo destas substâncias, que permitam inferir que o legislador desejasse estabelecer uma presunção legal da modificação da capacidade psicomotora.

4.8 Caso prático

Foi aventado durante a análise de cada um dos meios de prova que a redação do art. 306 do CTB estaria apta a gerar grandes discussões. Neste sentido, cabe observar que como a Lei nº 12.760/2012 foi promulgada em 20 de dezembro de 2012, e que ainda não existem notícias robustas sobre a repercussão jurídica da citada Lei nos tribunais.

Contudo já há alguns poucos casos sendo levados ao debate judicial, após pesquisas, foi constatado um caso³³ ocorrido no Estado de São Paulo, que chegou ao conhecimento do Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, em obediência ao art. 28 do CPP que dita:

“art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

Do parecer do Procurador-Geral consta que o Juiz da 5.^a Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo – TJ/SP, não concordando com o requerimento da Promotora oficiante perante aquele Juízo, que pugnou pelo arquivamento do procedimento penal referente à infração do art. 306 do CTB, solicitando a remessa dos autos ao Procurador-Geral.

A requisição de arquivamento, pela Promotora, foi baseada na existência de dúvida a respeito do comprometimento da capacidade psicomotora do condutor do veículo, em face da divergência entre as declarações dos policiais responsáveis pela sua prisão e o laudo de exame médico elaborado horas após, o qual não concluiu pela presença de sinais específicos indicativos da ebriedade.

O Juiz entendeu que o teste clínico não poderia prevalecer, pois realizado horas depois do fato, e que bastaria, para configuração do delito em tela, a circunstância do agente dirigir automóvel sob a influência de substância inebriante constatado por qualquer dos meios de

³³http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Criminal/Art_28_CPP/EMENTA%20A28-55664-13_22-04-13.htm. Acesso em: 11/06/2013.

prova estabelecidos no art. 306 do CTB. Por fim, valendo-se do art. 28 do CPP, encaminhou os autos para a Procuradoria-Geral de Justiça daquele Estado.

O Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, Márcio Fernando Elias Rosa, em 22 de abril de 2013 opinou a favor do referido juiz, expedindo para tanto as considerações abaixo:

EMENTA: CPP, ART. 28. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CTB, ART. 306 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.760/12). COMPROMETIMENTO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA DECORRENTE DE EMBRIAGUEZ CONFIRMADA POR TESTEMUNHAS. EXAME CLÍNICO, REALIZADO OITO HORAS APÓS, QUE NÃO CONSTATOU A ALCOOLEMIA. PREVALÊNCIA DA PROVA COLHIDA NO MOMENTO DA CONDUTA. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO SOCIETATE”. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA QUE SE IMPÕE.

1. O confronto dos elementos informativos amealhados no curso da investigação deve ser efetuado de maneira crítica, não se admitindo que uma prova, qualquer que seja, se sobreponha às demais, sem se verificar as condições nas quais colhida. No caso em tela, os policiais responsáveis pela prisão do investigado constataram, com segurança, a embriaguez e a alteração da capacidade psicomotora, mas a perícia, realizada horas após, não a atestou. Destaque-se, não obstante, que a contradição é apenas aparente. Isto porque, como é sabido, o organismo humano possui condições, com o passar do tempo, de eliminar o álcool ingerido.

2. De mais a ver, ainda que se pudesse reputar conflitante o cenário probatório, nesta fase da persecução penal as dúvidas devem ser dirimidas em favor da sociedade (nesse sentido: STJ, Conflito de Competência n. 113.020, rel. MIN. OG FERNANDES, julgado em 23 de março de 2011). Há de prevalecer, destarte, a constatação aferida no momento da ação.

3. O delito em questão configura, ademais, crime de perigo abstrato e sua descrição legal não atenta contra princípios constitucionais, até porque é científica e estatisticamente comprovado que a condução de veículo automotor por quem ingeriu álcool ou substâncias psicoativas em determinado patamar põe em risco a incolumidade física e a vida de terceiros, dada a diminuição dos reflexos, da percepção sensorial e motora, entre outros (vide, nesse sentido, HC n. 109.269/MG, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 27/09/2011, DJe de 11/10/2011).

4. A conduta perpetrada se subsume ao art. 306 do CTB. De acordo com o caput do tipo penal, depois da modificação decorrente da Lei n. 12.760, de 2012, incorre na infração aquele que: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. O indiciado, de maneira indisputável, dirigia automóvel em via pública embriagado e, pela análise efetuada pelos policiais, apresentava-se, ictuoculi, com sua capacidade psicomotora alterada, tanto que sequer conseguia ficar de pé. Frise-se, ainda, que o comprometimento da citada capacidade pode ser demonstrado por qualquer prova em direito admitida, inclusive testemunhal, nos exatos termos do §2.º do art. 306 do CTB.

Solução: designa-se outro promotor de justiça para oferecer denúncia e prosseguir nos ulteriores termos da ação penal.

Este trabalho já havia aventado sobre a possibilidade de que os sinais de alteração da capacidade psicomotora pudessem se diluir até que o suspeito fosse levado à presença dos peritos. No caso em concreto, o parecer do Procurador-Geral do Ministério Público Paulista

decidiu que embora os peritos não pudessem atestar a embriaguez do suspeito, havia testemunhas do fato criminoso, o que o levou a opinar pela continuidade da investigação policial, com base no princípio *in dubio pro societate*, uma vez que ao longo da instrução criminal poderiam surgir provas que confirmem ou não o cometimento da infração penal.

Necessário compreender que o princípio *in dubio pro societate* e *in dubio pro reo* se estabelecem de maneira proporcionalmente inversa, quanto mais o processo criminal se aproxima do seu encerramento, maior será o peso da dúvida em favor do réu. Haja vista não ser cabível a condenação de qualquer indivíduo sem que se tenha certeza de sua culpa, porém quanto à investigação policial, na dúvida, é aceitável que estas continuem, uma vez que poderão surgir novas provas que dêem certeza ou não da ação criminosa.

Julgamos que o parecer exarado foi razoável, pois é prematuro arquivar o inquérito policial, se podem surgir outras provas que possam apoiar o teste pericial ou a avaliação do agente de trânsito. Contudo se entendermos que o processo penal é em si mesmo uma pena e pelo princípio constitucional que apregoa a duração razoável do processo, art. 5º, inciso LXXVII da CF, concluiremos que as investigações não poderão perdurar de maneira demasiadamente longa, cabendo ao magistrado definir a dura tarefa de definir o que seja a duração razoável das investigações em cada caso concreto.

5 Os conflitos entre os valores jurídicos na comprovação do delito

5.1 Introdução

O legislador, na tentativa de diminuir os altos índices de morte em nossas estradas, editou em 2008 a “Lei Seca”, e, em 2012, editou a Lei nº 12.760/2012, que foi criada na tentativa de “consertar” os equívocos estabelecidos pela Lei nº 11.705/2008.

Por muito tempo, foi debatida a obrigatoriedade do condutor se submeter ao teste do etilômetro, embora, hoje, o entendimento majoritário jurisprudencial e doutrinário aponte no sentido de que o motorista não pode ser obrigado a realizar o citado teste, outras questões ainda remanescem. Dentre estas há a perquirição da validade das disposições do §3º, do art. 277, do CTB, que dispõe que serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165, deste mesmo Código, ao condutor que envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito se recusar a se submeter aos testes que possam comprovar a sua embriaguez.

Deste modo, se o motorista não concordar em cooperar com fiscalização de trânsito, se submetendo aos testes comprobatórios da embriaguez, será automaticamente autuado no art. 165 do CTB, o qual prevê as sanções administrativas para o condutor que é flagrado dirigindo embriagado. As reprimendas estabelecidas neste dispositivo são o assinalamento de 07 pontos na carteira de habilitação, multa no valor R\$ 1.915,30, suspensão do direito de dirigir por 12 meses. Cabe observar que se no prazo de 01 ano após a primeira infração, o motorista reincidir em sua conduta, a multa atingirá o valor de R\$ 3.830, 60, e a suspensão poderá atingir 24 meses.

A questão é se o ordenamento jurídico pátrio pode impor tal medida? Será possível punir um acusado por não ter cooperado com sua acusação?

A resposta é não. O que existe é um caso insólito, no qual se pune o suspeito justamente por tentar se defender, vale ressaltar que as sanções são sobre maneira elevadas, podendo chegar à multa de R\$ 3.830, 60, além da suspensão da carteira de habilitação por até 24 meses.

O enunciado do §3º, do art. 277, do CTB nega todo o arcabouço dos princípios jurídicos estabelecidos no Direito Pátrio. Será analisada, a partir de deste momento, como este dispositivo viola a três princípios básicos do ordenamento jurídico: proporcionalidade, princípio da não-auto incriminação (*nemotenetur se detegere*) e presunção de inocência.

5.2 Princípio da Proporcionalidade (Razoabilidade)

O princípio da proporcionalidade é um dos preceitos básicos do Direito, Nestor Távora³⁴ ao comentá-lo, dita que este princípio busca a coibir o excesso de atuação do Estado. Interpretando-se as normas de maneira que, ao fim do processo elucidativo, não se obtenha uma solução jurídica absurda. Távora ressalta ainda que os fins da persecução penal, não necessariamente, justificam seus meios, sendo vedada, então, uma atuação abusiva do Estado, ainda que seja, teoricamente, para o “bem da sociedade”.

Já Greco³⁵ opina no sentido de que o julgador poderá aferir se a norma penal atende ao princípio da proporcionalidade, quando estabelecer um processo comparativo entre esta e os demais dispositivos. De maneira que se possa analisar, ao fim, se o bem jurídico tutelado pela norma em estudo, realmente, faz jus a proteção que recebe do ordenamento jurídico pela sanção vinculada a sua violação, estabelecendo um tratamento coerente em relação à tutela penal dos demais bens jurídicos. Evidente, então, que este princípio busca, fundamentalmente, evitar que o Estado aja de maneira excessiva, seja exercendo seu poder punitivo, jurisdicional ou ainda legiferante.

No pensamento de Ferrajoli³⁶ as sanções, por serem estabelecidas de modo puramente convencional, exigem que haja uma ligação retributiva entre a qualidade e a quantidade das penas em relação à gravidade e a natureza do crime. Contudo para se realizar o estabelecimento deste vínculo valorativo não existe, inicialmente, qualquer critério objetivo, sendo justamente neste ponto que ocorrem as maiores irracionalidades.

Admitindo-se, hipoteticamente, que seja válida a norma do CTB que impõe pesada pena administrativa ao condutor embriagado que não aceite se submeter ao testes de comprovação embriaguez. Ainda, assim, esta disposição, conforme as lições doutrinárias selecionadas sobre proporcionalidade deveria ser considerada injusta.

Esta adução se fundamenta na ideia de que o ordenamento jurídico deva ser uniforme, de modo que a relação entre crimes e sanções seja proporcional. Deste modo, não é aceitável que o crime de embriaguez ao volante possua tratamento mais pesado do que outros ilícitos mais gravosos.

Ora, fazendo esta análise proporcional entre o crime de embriaguez ao volante e outros delitos, fica claro como a imposição do CTB não é racional, ferindo intensamente outros

³⁴ TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª Edição, Jus Podivm, Bahia, 2011. p. 72/74.

³⁵ GRECO, 2011. p. 75/76

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 1ª Edição, Revista dos Tribunais, 2002. p.320.

princípios jurídicos como a presunção de inocência e *onemotenetur se detegere*. Uma vez que impõe ao acusado que coopere com sua acusação, sob pena de ser pesadamente punido na seara administrativa, bem como presume que o autuado ao não se submeter aos exames que atestem sua embriaguez será culpado.

Raciocínio semelhante ao trabalhado neste estudo foi usado para declarar a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB, que dita que caso o condutor se afaste do local do acidente que ocasionou, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, será punido com pena de detenção de seis meses a um ano, ou multa.

Entenderam os desembargadores do TRF da 4ª Região que o dispositivo além de violar o *nemotenetur se detegere*, também trata desproporcionalmente os delitos, uma vez que o art. 305 do CTB impõe ao motorista sanção muito mais pesada do que aquela estabelecida ao criminoso que comete ilícitos muito mais gravosos. Vale citar na íntegra a notícia veiculada no sítio eletrônico³⁷ do TRF da 4ª Região quando da divulgação do resultado do julgamento:

“(...) A Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região declarou inconstitucional, em sua última sessão de 2012, realizada no dia 19 de dezembro, o artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que prevê pena de seis meses a um ano ou multa a condutores de veículos que se afastarem do local do acidente para fugir à responsabilidade que lhe possa ser atribuída. Já na hipótese de necessidade de socorro à vítima, segue valendo o que diz o CTB, no artigo 304, que não foi objeto de análise pela corte.

Conforme o relator do processo, desembargador federal Victor Luiz dos Santos Laus, a imposição de sanção ao motorista atenta contra a ordem constitucional vigente, pois viola a garantia exposta no artigo 5º da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar.

“A norma fere direitos que são constitucionalmente assegurados, consubstanciados nas garantias da ampla defesa, da presunção de inocência, da não autoincriminação e do devido processo legal para a apuração de fatos contrários ao Direito. Não se pode aceitar a submissão do indivíduo à sanção penal para que seja coagido a colaborar com a apuração de responsabilidade criminal ou civil em acidente no qual se envolveu”, escreveu Laus em seu voto.

Para o desembargador, o artigo 305 do CTB está despido de razoabilidade, pois impõe ao condutor um agir que não é exigido nem daquele que comete os ilícitos penais mais graves e severamente punidos no ordenamento jurídico. “Mesmo o denunciado em ação penal, em face do qual já se verificou a presença de materialidade delitiva e de indícios de autoria, não é obrigado a comparecer aos atos do processo para esclarecer os fatos apurados”, ressaltou.

Percebe-se que o texto do art. 277, § 3º do CTB mesmo que fosse válido, seria desproporcional, o que provavelmente levaria a sua desconsideração como o efetuado em relação ao art. 305 do mesmo Código.

³⁷http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=8815. Acesso em: 10/06/2013.

5.3 O princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*)

O princípio da não-incriminação, ou em latim *nemo tenetur se detegere*, é um dos princípios mais significativos do Direito Penal. Nas lições de Nestor Tavora³⁸, temos que este princípio assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, possuindo íntima ligação com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio.

Nestor, apoiado nas ideias de Francisco das Neves Baptista, leciona que este princípio se fundamenta justamente no desequilíbrio processual existente entre a acusação e a defesa. Pois sendo a defesa hipossuficiente perante a força acusatória estatal, é correto tentar amenizar a desigualdade constatada permitindo que o acusado possa ocultar as informações de que se valerá em sua defesa (ex. silêncio, mentira), enquanto a acusação, em tese, estará obrigada a dar acesso ao acusado de todo o material acusatório.

Aury Lopes³⁹ ensina que por este princípio, “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”.

Em nosso sistema jurídico, embora não haja uma previsão expressa ao direito do acusado de não se auto-incriminar, este é extraído, pela doutrina e jurisprudência, a partir do art. 5º, inciso LXIII, da CF, o qual rege que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

A doutrina, em um exercício interpretativo, amplia o conceito do dispositivo constitucional, para entender que preso seja qualquer indivíduo acusado da prática de crime ou indiciado, e que silenciar pode até mesmo alcançar a hipótese de o acusado poder mentir, exercendo sua ampla defesa na busca pela liberdade.

Capez⁴⁰ adverte que o acusado pode confessar, negar, silenciar ou mentir, estabelece que estas possibilidades são fundadas no próprio texto do CPP. Primeiramente, seu art. 186 impõe que o juiz, antes de iniciar o interrogatório, avisará ao réu sobre seu direito de permanecer calado, não necessitando responder as perguntas formuladas em Juízo. Ainda mais importante é notar que o mesmo dispositivo define que o silêncio do réu não acarreta em sua confissão, não podendo ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

³⁸ TÁVORA, 2011 op. cit. p. 77.

³⁹ LOPES JÚNIOR, 2011 op. cit. 200

⁴⁰ CAPEZ, 2012. op. cit. p. 428/129.

Ressaltamos a inconstitucionalidade do art. 198 do CPP, o qual estabelece que o silêncio do acusado embora não importe confissão, poderá, sim, constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Ora, entendemos que se a Constituição Federal não fez ressalva ao direito ao silêncio, não é a legislação infraconstitucional que o poderá fazer, prejudicando a ampla defesa do réu. Caso se pudesse entender que fosse válido julgar negativamente o direito ao silêncio do acusado, seria claro que os indivíduos não se calariam, cooperando com sua acusação, uma vez que ficariam receosos de serem alvos de represálias em seu julgamento, pois o silêncio ou o ato de não cooperar com acusação poderia ser tido como indício de culpa, esvaziando-se assim todo o conteúdo *nemotenetur se detegere*.

Todavia há uma controversa questão, quais os limites deste direito? Seria o acusado, por exemplo, obrigado a fornecer seus dados para sua qualificação, seja na fase inquisitiva ou acusatória do processo? A doutrina em ampla maioria acena em sentido positivo. Nucci⁴¹ dita que a qualificação correta do acusado, não é questão de defesa, mas, sim, de segurança processual e de confiabilidade do sistema judiciário, de maneira que não seja levada ao cárcere pessoa inocente. Capez⁴² defende que o acusado deve fornecer a sua qualificação, pois neste ato não existiria, em sua visão, nenhuma possibilidade defensiva.

Este posicionamento doutrinário não guarda sintonia com a possibilidade do acusado exercer em toda intensidade sua ampla defesa, se deve atentar que se o acusado não tem o dever legal de falar a verdade, podendo até mesmo mentir em sua defesa, uma vez que, diversamente das testemunhas, não presta compromisso legal, como poderá ser obrigado a identificar-se corretamente? Ao contrário do sustentado pelos autores, a fase de qualificação do acusado, como qualquer outro ato investigatório ou processual é, sim, uma oportunidade para que seja exercida a sua defesa, pode parecer imoral, mas tal possibilidade existe. Assim, já decidiu o TJDF:

⁴³ROUBO. REU PRESO EM FLAGRANTE DELITO. OCULTAÇÃO DO NOME. AUTODEFESA. FALSA IDENTIDADE. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL.

A Primeira Turma Criminal deste Tribunal de Justiça do Distrito Federal firmou jurisprudência no sentido de que a conduta do agente, ao mentir sobre a sua identidade com o fim de se ver livre da imputação penal e esconder seus antecedentes criminais, não configura crime.

O crime de corrupção de menores, por sua natureza formal, dispensa prova da efetiva corrupção. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

⁴¹NUCCI, 2012.op.cit.p. 383/385.

⁴² CAPEZ, 2012.op. cit. p. 428/129.

⁴³Acórdão nº 314.525, 20070910069352APR, Relator: Deleane Camargo, Revisor: João Egmont, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/04/2008, Publicado no DJE: 05/08/2008. Pág.: 90

Cabe esclarecer que os Tribunais Superiores, STF e o STJ, têm entendido de maneira diversa, neste sentido valer citar o seguinte julgado do STJ:

⁴⁴HABEAS CORPUS. FALSA IDENTIDADE. PRINCÍPIO DA AUTO DEFESA. INAPLICABILIDADE. FATO TÍPICO. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal ao apreciar os limites da autodefesa, em repercussão geral, compreendeu que a ação de atribuir-se identidade falsa perante autoridade policial, com fim de eximir-se de obrigação penal, constitui figura típica prevista no art. 307 do Código Penal.

2. Ordem denegada.

Para ilustrar, vale transcrever o art. 307 do CP, que assim dispõe:

“Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

Todo o debate exercitado em relação ao princípio da não auto-incriminação serve para demonstrar que se o direito constitucional ao silêncio, do qual a jurisprudência e a doutrina extraem o princípio do *nemotenetur se detegere*, alcança até mesmo a possibilidade, ainda não pacificada, de o acusado mentir sobre sua qualificação, sem incorrer em qualquer sanção. Não poderá ser a recusa do suspeito a se submeter à fiscalização de trânsito, que poderá levá-lo a responder a pesadas penas administrativas, aceitar esta imposição, limitaria o exercício do princípio em estudo, violando as disposições constitucionais e as garantias individuais. Arrematando, podemos citar Aury Lopes⁴⁵:

“(…) O direito ao silêncio é muito mais amplo e inscreve-se na dimensão do princípio do *nemotenetur se detegere*. Conjugando-se com a presunção constitucional de inocência, bem como a necessária recusa a matriz inquisitória, é elementar que o réu não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Mais frisa-se: a recusa não autoriza qualquer ou mesmo indicio de culpa.

Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareções, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência. (...)”

⁴⁴HC 223.502/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, 2011. op. cit. p. 201.

Neste sentido o poder do atuado de não cooperar com sua acusação é amplo, uma vez que não recebeu limitações constitucionais, sendo factível entender que a imposição das penas administrativas estabelecidas pelo CTB, ao condutor que se submeta aos testes comprobatórios da embriaguez, deve ser tida por inconstitucional.

5.4 Presunção de inocência (presunção de não-culpabilidade)

Este princípio está constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF, o qual dita que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, o acusado somente será dito como culpado, depois que a devida autoridade judicial reconheça que ele foi o autor do ilícito debatido, e que, por fim, não haja mais recurso de tal decisão. Cabe transcrever as lições de Ferrajoli⁴⁶:

“(...) Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova na tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena. Sendo assim, o princípio de submissão a jurisprudência – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. (...)”

A presunção de inocência resguarda os acusados, para que estes não sejam submetidos às arbitrariedades estatais, pois a inobservância de tal princípio possibilita que, de maneira autoritária, o Estado se utilize antecipadamente de seu *jus puniendi*, sancionado àqueles os quais nem mesmo se tem certeza da culpa.

Nestor Távora⁴⁷, em consonância com Ferrajoli, entende que o reconhecimento definitivo da autoria de uma infração criminal somente pode ocorrer após o estabelecimento de uma sentença condenatória transitada em julgado. Menciona ainda que não existe exceções para o princípio da presunção de inocência, pois antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, todo acusado é presumivelmente inocente, cabendo à acusação o ônus probatório de comprovar a culpa do indiciado.

Aury Lopes⁴⁸ explica que o princípio presunção de não-culpabilidade não se aperfeiçoa somente com a consideração de que o acusado não seja considerado culpado

⁴⁶ FERRAJOLI, 2002. op. cit. p. 441.

⁴⁷ TÁVORA, 2011 op. cit. p. 53/54.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, 2011. op. cit. p. 183/188.

(dimensão negativa), mas, sim, que o autuado seja devidamente tratado como inocente (dimensão positiva).

Para o autor, esta dimensão positiva é um dever de tratamento, o qual determina que: a) a carga probatória seja ônus exclusivo do acusador, que possui o dever de provar que o acusado é inocente; b) havendo dúvida quanto à culpabilidade do réu, será decretada a sua absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, ou do favor rei, ou seja, não havendo certeza que seja tomada a decisão mais favorável ao acusado. Neste sentido é o entendimento⁴⁹ do TJDF:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE MATERIAL. ART. 184, §2º, DO CP. AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. IN DUBIO PRO REO. APLICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Diante da inexistência de elementos probatórios suficientes para amparar a acusação formulada na denúncia, deve-se aplicar o princípio in dubio pro reo.

2. O ônus da prova da acusação competia ao Ministério Público, que não deu cumprimento ao disposto no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal. Com efeito, ao juiz é discricionário determinar ofícios ou diligências que julgar relevantes, mas ao órgão acusador é obrigatório comprovar aquilo que alega.

3. Recurso do Ministério Público desprovido.

Este princípio ocupa posição de destaque no Direito Penal, pois não protege somente aos acusados, mas há qualquer inocente. Segundo o entendimento de Lopes, tomando por base as ideias de Ferrajoli, tal princípio tem o condão de garantir “a imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.”

Caso se entenda pela prescindibilidade deste princípio, estaríamos a regredir aos ditames inquisitivos passados no qual uma presunção de culpabilidade já poderia despertar o *jus puniendi* do Estado. Aury Lopes⁵⁰ disserta que:

“(…) A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. (...)”

⁴⁹ Acórdão nº 628.797, 20110610249045APR, Relator: João Timóteo de Oliveira, Revisor: Souza e Avila, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 11/10/2012, Publicado no DJE: 24/10/2012. Pág.: 231.

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, 2011. op. cit. p. 183/184

Justamente o que a “Lei Seca” faz é regredir nosso sistema jurídico aos padrões inquisitivos, no qual o sujeito é presumivelmente culpado, pois caso não coopere com a elaboração de provas contra si mesmo, será condenado, por presunção, às sanções administrativas, somente por exercer seu direito de não se auto-incriminar.

5.5 Manifestação da AGU x Parecer da PGR

Nas discussões sobre a obrigatoriedade do motorista se submeter aos testes que comprovem sua embriaguez, bem como, da possibilidade de que o condutor seja sancionado administrativamente caso não coopere com a fiscalização derão azo a amplos debates doutrinários e jurisprudenciais. Dentre estes há o confronto de posicionamento entre a PGR e a AGU, que será adiante analisado.

5.5.1 Manifestação da AGU

A Advocacia Geral da União, conforme o art. 131 da CF, é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A partir deste artigo, temos que a AGU possui a função de assessorar juridicamente os órgãos do Poder Executivo. Foi no exercício desta função, que a AGU em seu parecer nº 121/2009 acobertou nota técnica-jurídica produzida pelo gabinete jurídico da Polícia Rodoviária Federal.

A nota buscava estabelecer, com base em argumentos legais, a obrigatoriedade do teste do etilômetro aos condutores que fossem alvo de fiscalização pela PRF. As justificativas embora não mereçam prosperar, valem uma análise mais aprofundada, a qual procederemos.

O primeiro argumento da nota é simples e direto, aduz que a Constituição Federal não prevê de forma expressa o princípio *nemotenetur se detegere*, ou seja, não haveria em nosso ordenamento jurídico, ao menos de maneira explícita, o direito a não auto-incriminação. A nota continua, aduzindo que o *nemotenetur se detegere*, na verdade, advém do princípio da presunção da inocência estabelecido no art. 5º, LVII, da CF, e também do Pacto de San José da Costa Rica, conhecido também como Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

O parecer pretende desqualificar o referido princípio, pelo motivo deste não estar expresso no texto constitucional. O argumento é precário, pois a força de um princípio não poder ser medida por sua previsão legal, mas, sim, pelas garantias que dá ao indivíduo, até mesmo porque, conforme Inocêncio Mártires Coelho⁵¹ os princípios são, por excelência, conceitos fluídos, os quais servem de ponto de partida para o julgador.

Ademais, o princípio do *nemotenetur se detegere* advém, conforme construção jurisprudencial e doutrinária, do direito ao silêncio, este expressamente previsto no texto da Carta Magna. Cabe, por fim, ressaltar que até mesmo a referência da nota é equivocada ao considerar o princípio da presunção de inocência como base para o princípio *nemotenetur se detegere*, ainda que os dois princípios estejam umbilicalmente ligados, eles são diferentes como discorrido em capítulos anteriores.

O segundo argumento é que o princípio da presunção de inocência, utilizado pela nota com a conotação do princípio *nemotenetur se detegere*, somente ingressou fortemente no ordenamento jurídico pátrio com a CIDH, buscando conforme o contexto da época (1969) dar aos cidadãos um mínimo de garantias frente aos regimes de exceção vigentes à época. A AGU então defende que o Brasil não mais está submetido a um regime totalitário, o que permitiria entender que atualmente seria prescindível o *nemotenetur se detegere* para o sistema jurídico nacional.

Este argumento é falacioso, uma vez que o princípio da não auto-incriminação é instrumento básico para a defesa do cidadão perante as arbitrariedades que o Estado possa cometer. Podemos concordar que no período da CIDH, realmente, o cenário estabelecido era muito mais preocupante do que o atual, porém, ainda hoje, este princípio é deveras importante, pois diuturnamente os indivíduos sofrem com truculências estatais, o que com certeza já é motivo suficiente para que o princípio subsista no ordenamento jurídico pátrio.

O terceiro argumento do parecer é preocupante, pois o documento alega que nenhum direito é absoluto, devendo o *nemotenetur se detegere* ser limitado pelo interesse público. A nota jurídica ilustra que a “Lei Seca” busca diminuir os acidentes de trânsito, o que resguarda a integridade física e a vida da coletividade, bens jurídicos que estariam acima do direito individual à não auto-incriminação. Arrematando este disparate o referido parecer traz a seguinte argumentação:

⁵¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2009. p. 53.

⁵²“(…) Em resumo, vemos então que, para o Pacto de San José da Costa Rica, nenhuma liberdade ou direito é absoluto, somente podendo persistir sem limitações até o momento em que não conflite com o interesse social. Na gama dos objetivos citados no Pacto, está claro que a proteção dos direitos coletivos se encontra acima da proteção dos individuais, não se confundindo e sim sobrepondo-se aos apontados direitos fundamentais de presunção da inocência e proibição de auto-incriminação. (…)”

A referida nota explicitamente dita que os direitos individuais podem ser sobrepostos pelos ditos direitos coletivos, pois o interesse público da sociedade seria mais importante do que o indivíduo. Esta posição não encontra apoio no Direito Pátrio, é bem certo, como cita a nota, que nenhum direito é absoluto, mas igualmente é certo de que os direitos individuais não podem ser suprimidos em nome de um pretenso interesse público. Aury Lopes⁵³ de modo interessante rechaça este argumento:

(…) Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e portanto serem sacrificados) frente à supremacia do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um manequeísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do privado, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, público, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal. (…)”

O autor continua sua argumentação ditando que, na verdade, é o indivíduo que possuiu uma prevalência perante o “suposto” coletivo, apoiado em Sarlet, explica que a dignidade da pessoa humana é um valor-guia da ordem jurídica, o que acaba por justificar sua sobreposição a outros bens resguardados pela Constituição. Pelos argumentos expendidos, temos que não é possível aceitar a ideia de que os direitos coletivos sejam prevalentes em relação aos direitos individuais.

O quarto argumento do parecer é que a “Lei Seca” foi promulgada buscando coibir mais intensamente a embriaguez ao volante. Não podendo então se entender que, com sua edição, a constatação do crime pudesse ficar mais difícil, dependendo a constatação do delito do assentimento do motorista, o que dificultaria a constatação do delito. Neste ponto, cabe argumentar que, realmente, o legislador possuía a intenção inicial, com edição da Lei nº 11.705/2008, de exasperar a repressão à embriaguez ao volante, contudo acabou por se equivocar na redação do tipo legal, todavia não poderá ser o cidadão que arcará com a

⁵²Parecer da AGU nº 121/2009, de 20 de julho de 2009.

⁵³ LOPES JÚNIOR, 2011. op. cit. p. 11/14.

péssima técnica jurídica de nossos órgãos legiferantes, tendo suas garantias mais básicas sacrificadas.

Por fim, a nota jurídica se utilizando das lições Konrad Hesse, dita que entre os motoristas e o Estado, se forma um vínculo jurídico diferenciado, uma relação de poder especial, a qual permite que haja a limitação de direitos fundamentais dirigidas a um grupo específico. Esclarece, por fim, que tal vínculo pode surgir de modo voluntário ou pelo requerimento do interessado com base na lei.

O parecer continua, afirmando que os condutores estão ligados ao Estado, por uma relação de poder especial, pois requisitaram com base na lei sua inclusão no grupo de indivíduos habilitados. Assim, se quiserem continuar neste seleto grupo, devem aceitar as condições impostas pelo Estado para o exercício do direito de conduzir veículos, ou seja, devem se submeter ao teste do etilômetro ou de alcoolemia, até mesmo porque o indivíduo tem a liberdade de optar por não conduzir veículo, não se submetendo aos referidos testes.

Quanto esta adução, entendemos que parcial razão assiste a nota jurídica, realmente não existe um direito fundamental a dirigir, mas, sim, uma licença estatal para que o indivíduo possa exercer este direito, obrigando-se o condutor a seguir todas as orientações legais para que continue habilitado. Contudo, compreendemos, que princípios como a presunção de inocência e da não auto-incriminação não estão passíveis de serem limitados pelo Estado, pelo simplório argumento da relação especial de poder, pois são fundamentos básicos de todo o Direito Processo Penal. Para que o raciocínio da AGU pudesse prosperar, compreendemos ser necessária uma desvinculação entre as medidas administrativas e penais.

Após a lavratura da nota jurídica pela assessoria jurídica da PRF, esta foi encaminhada à AGU, que ratificou seus termos. A AGU ainda incluiu ao parecer à hipótese de que caso o condutor não se submetesse aos testes para medição do nível alcoólico, este responderia pelo crime de desobediência, conforme o art. 330 do CP. Não há lógica nesta determinação, esta medida rememora aos Estados de exceção, pois enuncia que se o indivíduo não cooperar com sua acusação, poderá responder criminal por se defender.

Se ao longo de todo o trabalho, discorremos ser inaceitável que o indivíduo seja punido administrativamente, por não se submeter ao teste de alcoolemia ou de etilômetro. Rechaçamos muito mais a sanção criminal, que além de violar os princípios expostos, banalizaro Direito Penal.

5.5.2 Parecer da PGR

O Ministério Público, pelo art. 127 da CF, é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Seu órgão de cúpula é a Procuradoria-Geral da República.

O parecer nº 9.415 da Procuradoria-Geral da República foi exarado no seio da ADI nº 4.103, que foi ajuizada no STF pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento – ABRASEL, e que questiona a constitucionalidade de vários dispositivos da “Lei Seca”.

O Ministério Público aduz com base no direito geral de liberdade, na garantia do devido processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório do processo penal, que não pode o Estado compelir os cidadãos a colaborarem para a produção de provas que os prejudiquem. Defende o MPU que esta garantia trata-se do direito a não auto-incriminação, o qual possui previsão normativa no direito nacional e internacional.

A PGR menciona que *onemotenetur se detegere* para estimular as práticas inquisitórias que visam à obtenção forçada da confissão, protegendo os direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade humana, em especial o instinto de auto-preservação. A Procuradoria-Geral ainda argumenta que o *nemotenetur se detegere* assegurando, ainda, a liberdade de consciência e de autodeterminação dos indivíduos, o que estimula o sujeito passivo a participar do processo, fortalecendo-se assim o princípio da ampla defesa.

A manifestação da PGR se compatibiliza totalmente com todas as considerações realizadas neste trabalho, entendemos que o motorista não pode ser obrigado a cooperar na elaboração de elementos probatórios de decretar sua condenação.

6 Uma nova possibilidade para o tratamento jurídico da embriaguez ao volante

6.1 Considerações

Percebemos, ao longo deste trabalho, que as determinações legislativas, em relação à comprovação da embriaguez ao volante, desde a edição da Lei nº 11.705/2008, têm violado diversos princípios do Direito Pátrio – proporcionalidade, presunção de inocência e *nemotenetur se detegere*.

A Lei nº 12.760/2012, editada com o objetivo de “consertar” as disposições da “Lei Seca”, possivelmente não conseguirá atingir ao seu objetivo, haja vista que seu texto não é suficientemente claro. De maneira que pela sua leitura nem ao menos fica claro que se, atualmente, o art. 306 do CTB se trata de um crime concreto ou abstrato. Neste capítulo, observadas as dificuldades legislativas em relação ao tratamento probatório da embriaguez ao volante, serão ventiladas novas possibilidades legais em relação a conduta em questão.

6.2 A licença para dirigir

Paulo Gustavo Gonet Branco⁵⁴ leciona que os direitos fundamentais, embora não sejam conceituados de maneira unânime pela doutrina, podem ser, ao menos, vistos como concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. José Afonso da Silva apud Gonet ensina que o qualificativo “fundamentais” denota uma carga de especialidade a estes direitos, de maneira que “sem estes a pessoa humana não se realiza, não convive, às vezes, nem mesmo sobrevive.”

Gilmar Ferreira Mendes⁵⁵, por sua vez, entende que os direitos fundamentais podem ser analisados sob os aspectos: subjetivo e objetivo. Subjetivamente, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Objetivamente, são tidos como elemento fundamental da ordem constitucional, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.

Embora haja um e outro posicionamento divergente na doutrina⁵⁶, os quais defendam que o direito a livre locomoção incorpore também o direito de dirigir, possuindo assim caráter fundamental. Sabemos que, pelas lições tomadas, o chamado “direito de dirigir” não é

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires., 2009. op. cit. p.271

⁵⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 18/06/2013

⁵⁶ CAMPOS, Tomás Campos APUD HONORATO, 2004. op. cit. p. 120.

fundamental, pois não tem o caráter imprescindibilidade como estabelecido por Gonet, e nem mesmo tem a força impositiva citada por Mendes. Deste modo, evidencia-se que a livre locomoção no território nacional citada no art. 5º, inciso XV, da CF não abarca um direito inato do indivíduo a conduzir veículo automotor.

Afastado o caráter fundamental do “direito de dirigir”. Podemos entedê-lo, sim, como uma “licença para dirigir”. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵⁷ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸ definem licença como ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele administrado que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade. Observa-se que a obtenção da licença não está sujeita os alvitre estatais. Na verdade, a licença embora seja ato unilateral, é também, ato vinculado, ou seja, sem liberdade para que o concedente realize o juízo de conveniência e oportunidade para seu deferimento. Assim, se o indivíduo solicitante alcançar os requisitos legais impostos, a Administração terá que declará-lo habilitado, não perquirindo outras condições para sua obtenção.

Atualmente, o candidato a condutor, conforme os artigos 140 e 147, todos do CTB, deve cumprir os seguintes requisitos:

Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos:

I - ser penalmente imputável;

II - saber ler e escrever;

III - possuir Carteira de Identidade ou equivalente.

Parágrafo único. As informações do candidato à habilitação serão cadastradas no RENACH.

Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte ordem:

I - **de aptidão física e mental;**

II - (VETADO)

III - escrito, sobre legislação de trânsito;

IV - de noções de primeiros socorros, conforme regulamentação do CONTRAN;

⁵⁷DI PIETRO, 2012.op. cit. p. 581

⁵⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2009. p. 432.

V - de direção veicular, realizado na via pública, em veículo da categoria para a qual estiver habilitando-se.

§ 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado.

Cabe observar que esta “licença” não possui prazo de validade indeterminado, mas deve, sim, ser renovada a cada 05 anos, para motoristas com 65 anos de idade ou menos, e a cada 03 anos, para condutores acima de 65 anos, pois estes são os prazos limite de validade para os exames físico e mental do condutor.

É justamente nestes requisitos para a obtenção e manutenção da CNH é que se poderia entender que a cada fiscalização, na qual fosse solicitado ao motorista que “soprasse” ao bafômetro ou realizasse outro exame, estaria o condutor a cumprir um requisito para a manutenção de sua CNH. Seria uma espécie de exame instantâneo da higidez psicológica e física do condutor, assim, caso o motorista se negasse a cooperar, ele estaria descumprindo um dos requisitos para a manutenção de sua licença, podendo então perder sua licença.

Importante observar que para o sucesso desta obrigatoriedade de submissão do motorista aos exames que comprovassem sua embriaguez, seria necessário que houvesse uma cisão entre as medidas administrativas e as medidas penais estabelecidas no CTB. Uma vez que insituída a obrigatoriedade dos exames, sem esta separação entre Direito Penal e Direito Administrativo, continuaríamos a manter a redação o art. §3º, do art. 277, do CTB, dispositivo que foi repudiado por este trabalho.

6.3 A embriaguez ao volante e as medidas administrativas

Direito Penal como *ultima ratio* de todos os ramos do Direito, não pode ser banalizado, devendo ser utilizado com parcimônia pelo Estado e, sempre obedecendo a algumas premissas que permitam aos cidadãos se resguardarem dos excessos estatais.

Assim devem ser observados alguns dos princípios básicos⁵⁹ na utilização do Direito Penal, pelo princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), dividido em: fragmentariedade e subsidiariedade. Tem-se que a legislação penal somente deve agir na proteção de bens mais importantes e necessários da sociedade, os quais são escolhidos por critérios políticos (fragmentariedade); como também se tem que o Direito Penal só poderá agir, quando os

⁵⁹GRECO, 2011. op. cit. p. 47/59

outros demais ramos do Direito se revelem incapazes de proteger devidamente os bens essenciais da sociedade (subsidiariedade).

Por fim, o princípio da lesividade prescreve que somente as condutas aptas a violarem de maneira considerável os bens jurídicos penalmente tutelados e que atinjam interesses de terceiros, é que podem ser passíveis de serem incriminadas pela lei penal.

O Estado ao utilizar-se do Direito Penal sem observar os princípios ventilados se aproxima de um regime totalitário, a observância aos princípios penais tem reflexo direto no respeito do Estado pelo exercício dos direitos individuais.

Compreendemos que o tratamento penal estabelecido à conduta de embriaguez ao volante, atualmente, tipificada no art. 306 do CTB, necessita ser alterada, pois não se percebe, neste ilícito, um bem jurídico apto a ser lesionado, uma vez que ao dirigir acima de certo grau alcoólico, não necessariamente se colocará em perigo a segurança coletiva, nem mesmo a do indivíduo. Ainda se caracterizado o delito pela alteração da capacidade psicomotora temos que podem existir dúvidas se realmente há um bem violado, o qual necessite a intervenção do Direito Penal. Uma vez que a alteração da capacidade psicomotora por si só não cria riscos a segurança viária, sendo necessário analisar no caso concreto a potencialidade lesiva da conduta.

Além de que cabe observar, presentemente, os efeitos práticos da sanção administrativa e penal são semelhantes, a violação do art. 165 do CTB gera ao infrator a anotação de 07 pontos na CNH, multa no valor inicial de R\$ 1.915,30, além destas penas, é prevista a suspensão da carteira por 12 meses. No caso de reincidência, a multa alcança o montante de R\$ 3.830,60, e a suspensão pode chegar a 24 meses.

Já a violação ao art. 306 prescreve ao infrator detenção de 06 meses a 03 anos, como também a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, que pode variar de 02 meses a 60 meses, cumulativamente ainda há imposição da pena de multa.

Cabe destacar que como o crime do art. 306 do CTB está sujeito a suspensão condicional do processo, conforme o art. 89 da Lei nº 9.099/95, o Ministério Público deve propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, ao acusado. Durante este período de provas, o beneficiado deverá cumprir uma série de condições, adequadas ao fato e a situação do acusado. Salienta-se que para fazer jus ao benefício, quando da proposta, o indivíduo não pode estar sendo processado, nem ter sido condenado por outro crime, e ainda não pode ser

reincidente em crime doloso, bem como a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias aconselhem o benefício.

O Promotor oficiante perante a Vara de Delitos de Trânsito de Brasília, que é o Juízo competente para processar e julgar os feitos relacionados aos crimes previstos no CTB no Plano Piloto e adjacências, atualmente, oferta cumulativamente as seguintes condições:

a) doação de R\$ 500,00 a uma instituição de caridade; b) proibição de se ausentar do DF, por mais de 30 dias, sem autorização do Juiz; c) comparecimento bimestral em Juízo, para informar e justificar suas atividades; e d) participação em palestra educativa sobre trânsito ministrada pela Promotoria de Trânsito de Sobradinho. Ressalta-se que o período de provas tem duração de 02 (dois) anos.

Cabe observar que as sanções penais, em geral, desembocam no cumprimento das condições estabelecidas pela suspensão condicional do processo. Se bem analisadas, vemos que as condições para a suspensão do processo são até mais brandas do que as sanções administrativas. Deste modo, entendemos, que pela manutenção dos princípios penais atacados pelo regime probatório da “Lei Seca”, como também pela “Lei nº 12.760/12” – princípios da proporcionalidade, presunção de inocência e *nemotenetur se detegere*, e até pelo resultado prático alcançado pelo processo criminal, que pesadas penas administrativas podem ser a justa medida para a conduta do motorista que dirige embriagado. Isto nos casos em que não seja manifesta a lesividade da conduta, como nos casos de crime de perigo abstrato. Permanecendo sobre a tutela do Direito Penal, aquelas condutas mais gravosas como os crimes de perigo concreto, nos quais a atividade probatória não é tão controversa.

Destarte, se adotássemos esta nova divisão entre Direito Penal e Direito Administrativo, evitaríamos muitas das discussões que temos em relação ao atual crime de embriaguez ao volante. Uma vez que o Direito Penal é muito sensível em suas disposições, demandando de cuidadosa utilização, sob pena de violação de seus princípios debatidos ao longo de trabalho.

Conclusão

A Lei nº 12.760/2012 foi editada com objetivo de “resolver” as dificuldades probatórias da “Lei Seca”, contudo percebemos pela análise efetivada neste trabalho que a nova Lei não cumprirá seu desiderato.

Os legisladores editaram a “Lei Seca” visando aumentar a repressão penal ao motorista que dirige embriagado. Contudo a própria redação da Lei nº 11.705/2008 acabou por limitar sua atuação, restringindo os meios de prova, para a constatação do ilícito, ao etilômetro e ao teste de alcoolemia.

Ademais a edição da Lei nº 11.705/2008, em seu §3º, do art. 277, do CTB, ao determinar que os motoristas que não se submetessem aos exames de embriaguez estariam automaticamente sujeitos as sanções administrativas do art. 165 do CTB, violou princípios do Direito Pátrio como a proporcionalidade, a presunção de inocência e o *nemotenetur se detegere*. Esta ilegalidade foi mantida pela Lei nº 12.760/2012, que não alterou a redação do dispositivo em questão.

Em todo o caso, é certo que, diferentemente da argumentação expendida pela AGU em seu parecer, os direitos individuais não podem ser sobrepostos por um pretense interesse coletivo a um trânsito seguro. Afinal, a garantia de cada um dos acusados, e também a nossa garantia de não sermos submetidos aos excessos estatais, isto não é acobertar a impunidade, mas, sim, permitir que os acusados sejam julgados e punidos conforme os princípios constitucionais que regulam o Processo Penal.

Ressaltamos que as dificuldades de aplicação da Lei nº 11.705/2008, como também da Lei nº 12.760/2012, demonstram a falta de diálogo e interação entre “aqueles que fazem as leis” (legisladores) e “aqueles que aplicam as leis” (magistrados).

A Lei nº 12.760/2012 não define de maneira escoreita nem ao menos se embriaguez ao volante, tipificada no art. 306 do CTB, trata-se, atualmente, de um caso de perigo concreto ou abstrato. Indagação que ficará a cargo do Judiciário, que responderá a esta controvérsia quando do julgamento dos casos concretos.

Percebemos também que o tratamento da questão probatória na Lei nº 12.760/2012 encontrará certas dificuldades, haja vista que os meios de prova elencados pela legislação possuem evidentes fragilidades, estas comentadas ao longo deste trabalho. A exceção observada foi o uso da gravação audiovisual, que se demonstrou meio de prova de manuseio e judicialização facilitados.

Entendemos que a “Lei Seca” deve ser revista, de maneira que sejam respeitados princípios penais como lesividade, fragmentariedade e subsidiariedade. Destacamos isto, porque compreendemos que o Direito Penal sendo a *ultima ratio* do Direito deve ser utilizado, em situações nas quais o bem jurídico faça jus a sua intervenção.

A partir deste raciocínio, defendemos que a conduta de embriaguez ao volante, vista como um crime de perigo abstrato, ou seja, quando a lesividade ao bem jurídico é presumida, poderia receber o adequado tratamento jurídico a partir de sua repressão pelo uso de sanções administrativas. Quando a embriaguez ao volante toma-se contornos de um crime de perigo concreto, entendemos que pelo dano potencial apresentado, estaria configurada uma lesividade mínima ao bem jurídico, o que permitiria a atuação do Direito Penal.

Expressamos a idéia de que não existe um direito fundamental a dirigir, na verdade, os indivíduos são licenciados a dirigir, podendo perder esta condição, caso não cumpram os requisitos legais. Assim, seria aceitável que o condutor fosse obrigado, sempre que solicitado, a se submeter aos testes de embriaguez, de modo que isto fosse somente entendido como o cumprimento de medidas que visassem a manutenção da CNH. Para tanto, seria necessária a desvinculação das medidas penais em relação às medidas administrativas, haja vista a sensibilidade dos princípios do Processo Penal como presunção de inocência e *nemotenetur se detegere*.

Deste modo, compreendemos que a conduta de embriaguez ao volante pode receber um novo tratamento legal, de maneira que sua repressão penal seja reservada aos casos mais graves, evitando-se assim a banalização do Direito Penal.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+controlados/Conceitos+Tecnicos/fa943400405496ddb01bf89c90d54b4>. Acesso em 09/06/2013

ALBERT EINSTEIN – SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA. Disponível em: <http://www.einstein.br/Paginas/home.aspx>. Acesso em 12/06/2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1.** 17ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2012. p. 125.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Comentários à Lei 11.705/08: alterações do Código de Trânsito Brasileiro.** 1ª Edição, Núria Fabris, Porto Alegre, 2009. p.10.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova Lei Seca (Lei 12.760/12): Perigo Abstrato ou Perigo Concreto?** Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/44670/nova-lei-seca-lei-12760-12-perigo-abstrato-ou-perigo-concreto>. Acesso em: 12/06/2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 1, Parte geral (arts. 1º a 120).** 15ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2011. ps. 286/287

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19ª Edição, Saraiva, São Paulo, Saraiva, 2012. p. 456/457.

CUNHA, Rogério Sanches. **Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”?** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>. Acesso em: 10/06/2013.

DENATRAN. **100 anos de Legislação de Trânsito no Brasil: 1910-2010.** Ministério das Cidades, Conselho Nacional de Trânsito, Brasília, 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25ª Edição, Atlas, São Paulo, 2012. P. 581

FAVERO, Daniel. **Após 3 anos, Lei Seca não reduz o nº de mortes no trânsito.** Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/apos-3-anos-lei-seca-nao-reduz-o-n-de-mortes-no-transito57d9eb5e3aCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em 07/06/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal .** 1ª Edição, Revista dos Tribunais, 2002. p.320.

FOGAÇA, Jennifer. **Preparo de álcool desinfetante.** Disponível em: <http://educador.brasile scola.com/estrategias-ensino/preparo-alcool-desinfetante.htm>. Acesso em: 09/06/2013.

GARÇON, Juliano. **Custo do engarrafamento em SP alcança R\$ 52,8 bilhões.** Disponível em: http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/custo-do-engarrafamento-em-sp-alcanca-r-528-bilhoes_116978.html. Acesso em: 10/06/2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Álcool e trânsito: crime ou infração administrativa?** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/alcool-e-transito-crime-ou-infracao-administrativa/>. Acesso em 11/06/2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/>. Acesso em: 12/06/2013

GRILLO, Fabiana. **Em seis anos, consumo de álcool cresce 20% no Brasil.** Disponível em: <http://noticias.r7.com/saude/em-seis-anos-consumo-de-alcool-cresce-20-no-brasil-10042013>. Acesso em 11/06/2013.

GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 15/06/2013

HONORATO, Cássio Mattos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: Análise das penalidades e das medidas administrativas cominadas na Lei 9.503/97**. 1ª Edição, Millennium, Campinas, 2004. p. 22.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Dirigir com a capacidade psicomotora alterada**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/dirigir-com-a-capacidade-psicomotora-alterada/10381>. Acesso em: 09/06/2013

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I, 7ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. ps. 542/547.

LOPES, Reinaldo José. **Única forma segura de driblar bafômetro é não beber, alertam especialistas**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL633563-5603,00-UNICA+FORMA+SEGURA+DE+DRIBLAR+BAFOMETRO+E+NAO+BEBER+ALERTAM+ESPECIALISTAS.html>. Acesso em 07/06/2013.

MARCÃO, Renato. **Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente**. <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-anteriores-edicao>. Acesso em: 11/06/2013

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2009. p. 432.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2009. p. 53.

Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU nº 121/2009, de 20 de julho de 2009. Disponível em: s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-etilometro-pdf. Acesso em: 13/06/2013.

Parecer da Procuradoria Geral da República - PGR nº 9.415 na ADI nº 4.103. Disponível em: noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204103.pdf. Acesso em: 13/06/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 18/06/2013

MILAZZO, Daniel. **Rio é campeão em redução de acidentes em dois anos de Lei Seca, diz Temporão**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/06/18/rio-e-campeao-em-reducao-de-acidentes-em-dois-anos-de-lei-seca-diz-temporao.htm>. Acesso em: 08/06/2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – MPSP. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Criminal/Art_28_CPP/EMENTA%20A28-55664-13_22-04-13.htm. Acesso em: 11/06/2013.

MIRAGAYA, Fernando. **Lei Seca completa um mês com redução de acidentes e muita polêmica**. Disponível em: <http://carros.uol.com.br/ultnot/2008/08/01/ult634u3116.jhtm>. Acesso em: 08/06/2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. ps. 383/385.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES DE DROGAS – OBID – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11250&rastra=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Defini%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rico. Acesso em: 10/06/2013

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. p.327

PIERRY, Flávia. **Cardozo diz que bafômetro será usado para se defender.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/cardozo-diz-que-bafometro-sera-usado-para-se-defender-7102155>. Acesso em: 09/06/2013.

PORTAL BRASIL. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/02/20/alcool-esta-ligado-a-21-dos-acidentes-no-transito-do-pais>. Acesso em 11/06/2013

PORTAL DA SAÚDE – SUS – MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2933/162/transito-e-responsavel-por-mais-de-40-mil-mortes-no-brasil.html>. Acesso em 11/06/2013.

RACHKORSKY, Luiz Lippi, ZERBINI, Talita, CINTRA, Raquel Barbosa, **Avaliação pericial da embriaguez: legislação e aspectos práticos.** Saúde, Ética & Justiça. 2012; 17(2): 44-9

RIBEIRO, Bruno. **A partir de hoje, blitz da lei seca vai flagrar quem usa maconha e cocaína.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,a-partir-de-hoje-blitz-da-lei-seca-vai-flagrar-quem-usa-maconha-e-cocaina-,994412,0.htm>. Acesso em: 07/06/2013.

SIFRE, Ramon Bataller. **Toxicologia Clínica.** 1ª Edição, Universat de València, València, 2004. p.95.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. HC 66591, Relator(a): Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 16/05/1989, DJ 09-06-1989 PP-10097 EMENT VOL-01545-01 PP-00143.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Acórdão nº 236.970, 20040110625813APC, Relator: Vasquez Cruzeiro, Revisor: Lécio Resende, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/10/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 02/03/2006. Pág.: 101.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 515.526/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 598.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1208112/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 15/06/2011

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Até que a lei seja alterada, apenas bafômetro e exame de sangue podem comprovar embriaguez de motorista.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218. Acesso em: 07/06/2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. RHC 13.215/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 26/05/2003, p. 368.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. HC 223.502/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. HC 109.269/MG, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 27/09/2011, DJe de 11/10/2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** 6ª Edição, Jus Podivm, Bahia, 2011. p. 72/74.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 512.724, 20090111033884APR, Relator: George Lopes Leite, Revisor: Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/06/2011, Publicado no DJE: 17/06/2011. Pág.: 186.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 241.635, 20040110247960APR, Relator: Romão C. Oliveira, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 12/01/2006, Publicado no DJU SECAO 3: 11/05/2006. Pág.: 106.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 351.348, 20080110824176APR, Relator: Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/04/2009, Publicado no DJE: 20/05/2009. Pág.: 207

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 512.724, 20090111033884APR, Relator: George Lopes Leite, Revisor: Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/06/2011, Publicado no DJE: 17/06/2011. Pág.: 186)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 663.731, 20080710287622APR, Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/03/2013, Publicado no DJE: 25/03/2013. Pág.: 396.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 314.525, 20070910069352APR, Relator: Deleane Camargo, Revisor: João Egmont, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/04/2008, Publicado no DJE: 05/08/2008. Pág.: 90

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. Acórdão nº 628.797, 20110610249045APR, Relator: João Timóteo de Oliveira, Revisor: Souza e Avila, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 11/10/2012, Publicado no DJE: 24/10/2012. Pág.: 231.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF. **Incriminar motorista por fugir do local do acidente é considerado inconstitucional.** Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=8815. Acesso em: 10/06/2013.

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO – UFRRJ. **Alcoolismo.** Disponível em: <http://www.ufrj.br/institutos/it/de/acidentes/etanol2.htm>. Acesso em: 07/06/2013

VARELLA, Drauzio. **Alcoolismo.** Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/alcoolismo/alcoolismo>. Acesso em: 12/06/2013